

La eficacia traslativa de la donación en el Código Civil a la luz de los antecedentes históricos y legislativos

JOSÉ MARÍA CARDÓS ELENA

Abogado. Profesor asociado de Derecho civil
Universitat de València

RESUMEN

Desde hace varias décadas, con base en el contenido del CC, la práctica totalidad de la doctrina sostiene que la perfección de la donación comporta la transmisión de la titularidad de los bienes donados, sin necesidad de entrega o tradición. Dicha conclusión se alcanza a través de una interpretación literal, sistemática y lógica de la regulación de la donación en el CC. Sin embargo, la interpretación histórica de tales normas sido escasamente referida al abordar la eficacia traslativa de la donación, a pesar de su extraordinario interés. Este estudio pretende demostrar que una interpretación de la normativa reguladora de la donación en el CC a la luz de los antecedentes históricos y legislativos refuerza la conclusión de que la donación es un negocio dispositivo, con eficacia traslativa inmediata.

PALABRAS CLAVE

Donación. Eficacia traslativa de la donación. Interpretación histórica. Elementos de la interpretación histórica. Antecedentes históricos y legislativos de las normas jurídicas.

The transfer efficacy of the donation in the Spanish Civil Code in the light of historical and legislative background

ABSTRACT

For several decades, based on the content of the Spanish Civil Code, practically all the doctrine has held that the perfection of the donation trans-

fers the ownership of the donated goods, without the need for delivery. This conclusion is reached through a literal, systematic and logical interpretation of the donation regulation in the Spanish Civil Code. However, the historical interpretation of such rules has been scarcely referred to in the study of the transfer efficacy of the donation, despite its extraordinary interest. This study aims to show that an interpretation of the donation regulation in the Spanish Civil Code in the light of the historical and legislative background reinforces the conclusion that the donation is a dispositive agreement, with immediate transfer efficacy.

KEY WORDS

Donation. Transfer effect of the donation. Historical interpretation. Elements of historical interpretation. Historical and legislative background of legal rules.

SUMARIO: I. Planteamiento y justificación del enfoque. 1. La discutida virtualidad traslativa de la donación según el CC. 2. La utilidad de la interpretación histórica de las normas. 3. Elementos de la interpretación histórica utilizados en este estudio. 4. Enfoque y objetivo de este estudio.—II. Los antecedentes históricos de la donación. 1. Introducción. 2. Derecho romano clásico y postclásico. 3. Derecho justinianeo. 4. Derecho visigodo. 5. Derecho castellano. 5.1 Esquema de fuentes anterior a la codificación civil. 5.2 Fuero Juzgo. 5.3 Fuero Real. 5.4 Espéculo. 5.5 Partidas. 5.5.1 Contrato consensual productor de obligaciones. 5.5.2 Argumentos adicionales. *a)* Inclusión de la donación en el ámbito de aplicación de la teoría del título y el modo. *b)* Reconocimiento expreso del beneficio de competencia. *c)* Donación hecha hasta cierto día o tiempo señalado. *d)* Donación *mortis causa*. 5.5.3 Conclusión. 5.6 Posiciones doctrinales durante la Edad Moderna: la ambivalencia de la donación como contrato traslativo y como contrato obligacional. 5.6.1 Primera posición: la donación como título que precisaba de tradición. *a)* La doctrina de Gómez y De Molina. *b)* Diferencias entre las donaciones reales y las donaciones promisorias. 5.6.2 Segunda posición: identificación de la donación con una dación actual. *a)* La «auténtica donación» congruente con la normativa constantiniana. *b)* La donación, «contrato maestro gratuito». 5.7 La interpretación doctrinal de la donación durante el siglo anterior a la entrada en vigor del CC. 5.7.1 Interpretación doctrinal durante la segunda mitad del siglo XVIII. 5.7.2 Interpretación doctrinal a lo largo del siglo XIX. *a)* Primer punto de vista: la donación como título de adquisición. *b)* Segundo punto de vista: la donación como dación actual. *c)* Valoración de la doctrina de finales del siglo XVIII y del siglo XIX anterior al CC. 5.8 La relevancia de la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861. 5.9 La interpretación jurisprudencial de la donación antes de la entrada en vigor del CC. 5.9.1 Análisis jurisprudencial. 5.9.2 Valoración de la jurisprudencia anterior al CC.—III. Los antecedentes legislativos de la donación. 1. Introducción. 2. Proyecto de CC de 1821. 3. Proyecto de CC de 1836. 4. Proyecto de CC de 1851. 5. Proyecto de CC de 1869. 6. La codificación de la donación en el CC de 1889. 6.1 Proyecto de ley de

bases de 1881. 6.2 Anteproyecto de CC de 1882-1889. 6.2.1 Definición y caracteres de la donación. 6.2.2 Origen de los artículos relativos a la donación. 6.2.3 Proyecto de ley de bases de 1885 y Ley de bases de 1888. 6.2.4 Debates parlamentarios. *a)* Debates sobre la Ley de bases de 1888. *b)* Debates sobre el CC tras su publicación. *c)* Cuestiones que destacar sobre los debates parlamentarios.–IV. Conclusiones.–V. Fuentes legales.–Bibliografía.

I. PLANTEAMIENTO Y JUSTIFICACIÓN DEL ENFOQUE

1. LA DISCUTIDA VIRTUALIDAD TRASLATIVA DE LA DONACIÓN SEGÚN EL CC

En los años inmediatamente posteriores a la entrada en vigor del CC, varios autores de renombre argumentaron que la donación transmitía la propiedad sin necesidad de entrega o tradición¹. Sin embargo, durante varias décadas, con reseñables excepciones², los tratados y manuales de Derecho civil más influyentes continuaron situando a la donación dentro del ámbito de aplicación de la teoría del título y el modo³.

Diversos estudios monográficos publicados hacia la mitad del siglo xx defendieron la eficacia dispositiva o inmediatamente traslativa de la donación a la vista de la regulación del CC⁴. La influencia de tales publicaciones fue evidente, y prueba de ello es que desde hace bastantes años la práctica totalidad de la doctrina concibe a la donación como un negocio de disposición. No en vano, los autores que en los últimos treinta y cinco años han defendido que la donación requiere la entrega de las cosas donadas para transmitir el dominio se sitúan en un claro plano de singularidad⁵.

¹ BONEL Y SÁNCHEZ, 1890, pp. 15, 71-72, 76; APALATEGUI OCEJO Y OYUELOS PÉREZ, 1896, pp. 385-387, 393, 400; MANRESA Y NAVARRO, 1896, pp. 58-63.

² VALVERDE Y VALVERDE, 1920, pp. 392, 394; PUIG BRUTAU, 1956, pp. 63-67.

³ CLEMENTE DE DIEGO Y GUTIÉRREZ, 1930, p. 198; DE BUEN LOZANO, 1928, p. 454; DE BUEN LOZANO, 1931, p. 592; CASTÁN TOBEÑAS, 1944, pp. 95-96, 104-105; PUIG PEÑA, 1946, pp. 160, 178-179; ESPÍN CÁNOVAS, 1954, pp. 416-417.

⁴ CALVO SORIANO, *AAMN*, 1946, pp. 449-451, 454-459, 466-467, 471; NÚÑEZ LAGOS, *RGLJ*, 1946, pp. 141-144; SÁNCHEZ-BLANCO Y SÁNCHEZ-BLANCO, *IJ*, 1952, pp. 806-807; VALLET DE GOYTISOLO, *ADC*, 1952, pp. 1224-1227; FERRANDIS VILELLA, *RFDUM*, 1960, pp. 358, 361; LALAGUNA DOMÍNGUEZ, *RDP*, 1964, pp. 275-299; Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *ADC*, 1966, pp. 563.

⁵ LETE DEL RÍO, 1990, p. 60; O'CALLAGHAN MUÑOZ, 2001, pp. 80, 104; ALBALA-DEJO GARCÍA Y DÍAZ ALABART, 2006, pp. 35-51; OSSORIO SERRANO, 2021, pp. 283, 286.

Con el propósito de argumentar que la donación no necesita la entrega o tradición de los bienes donados para operar la transmisión del dominio, se ha interpretado la regulación de la donación en el CC atendiendo a varios criterios hermenéuticos⁶:

– Desde el punto de vista literal, se ha afirmado que el artículo 618 CC califica a la donación como acto, no como contrato; que ese mismo artículo dice que el donante dispone, y no que se obliga; que el artículo 624 CC exige que el donante no solo tenga capacidad para contratar, sino también para disponer; que el artículo 634 CC establece que el objeto de la donación son los bienes presentes del donante; y que el artículo 635 CC prohíbe la donación de bienes futuros.

– Desde el punto de vista sistemático, se ha puesto de relieve que el artículo 609 CC separa a la donación de «ciertos contratos» que transmiten la propiedad «mediante la tradición»; y que la donación está regulada en el Libro III del CC, dentro de los modos de adquirir, y no en el Libro IV, relativo a las obligaciones y contratos.

– Desde el punto de vista lógico, la regulación de la donación no encaja con un contrato obligacional. A la ausencia de obligaciones a cargo del donante, cabe añadir la imposibilidad de donar cuando no se tenga la disposición de los bienes, como sucede con los bienes futuros o ajenos. La simple comparación de la regulación de la donación con la de la compraventa evidencia que la normativa está orientada en sentidos claramente diferenciados.

Sin embargo, en relación con la interpretación histórica, las referencias doctrinales han sido muy escasas. Es cierto que algunos autores han aludido a la regulación de la donación en el derecho anterior al CC⁷, a la doctrina jurídica anterior a 1889⁸, al anteproyecto de CC⁹, a la Ley de bases de 1888¹⁰ y a los debates parlamentarios del CC¹¹.

Sin embargo, tales aportaciones son fragmentarias e incoherentes¹², echándose de menos un estudio que analice de manera

⁶ Por todos, VALLET DE GOYTISOLO, *ADC*, 1952, p. 1224-1227, y ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, *RCDI*, 2019, pp. 573-578.

⁷ VALLET DE GOYTISOLO, *ADC*, 1952, p. 1213-1214, 1226-1227; DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, 2000, p. 37-38; ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, *RCDI*, 2019, pp. 579-582.

⁸ VALLET DE GOYTISOLO, *ADC*, 1952, p. 1214-1220; DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, 2000, p. 39-41; ALBALADEJO GARCÍA y DÍAZ ALABART, 2006, pp. 48-49.

⁹ ALBALADEJO GARCÍA y DÍAZ ALABART, 2006, pp. 46-48.

¹⁰ LALAGUNA DOMÍNGUEZ, *RDP*, 1973, pp. 407.

¹¹ LALAGUNA DOMÍNGUEZ, *RDP*, 1973, pp. 404-406; LASSO GAITE, 1978, pp. 454, 462; DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, 2000, pp. 45-46; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 2006; pp. 8, 192.

¹² Como excepción, ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, 1998, pp. 435-445, quien resume las aportaciones de otros autores (principalmente, VALLET DE GOYTISOLO, *ADC*, 1952, y

detallada y exhaustiva la eficacia traslativa de la donación con arreglo a una interpretación del CC basada en los antecedentes históricos y legislativos.

Por lo que se refiere a la jurisprudencia, el panorama tampoco es demasiado luminoso. Algunas Sentencias del Tribunal Supremo han aludido al derecho histórico al resolver recursos de casación relativos a donaciones. A modo de ejemplo, la STS de 13 de junio de 1963¹³ destacó el carácter formal de la donación parafraseando la definición que contenía las Partidas:

«Uno de tales contratos es el de donación, siquiera la exigencia de la forma solemne se circunscriba a la de bienes raíces, aun cuando también para la de muebles ordena la Ley ciertas prevenciones, como la entrega de la cosa o la constancia por escrito, y ello atendiendo a la naturaleza gratuita del contrato, que, al ser hecho “sin ninguna premia”, en el inolvidable lenguaje de las “Partidas”, impone ciertas precauciones para que “la nobleza e bondad de corazón” que la determinan no se vean en ciertos propósitos o manifestaciones que no revelen de manera auténtica la voluntad de donar, y así el artículo 633 del Código Civil dice de modo terminante que “para que sea válida la donación de cosa inmueble ha de hacerse en escritura pública, expresándose en ella individualmente los bienes donados y el valor de las cargas que deba satisfacer el donatario”, agregando que la aceptación podrá hacerse en la misma escritura de donación o en otra separada; pero no surtirá efecto si no se hiciese en vida del donante», precepto que revela una clara excepción a la teoría general que atribuye eficacia al consentimiento, en cualquier forma expresado, para dar nacimiento al contrato».

La STS de 6 de abril de 1979¹⁴ aludió a la necesidad de que constase la aceptación de la donación, «en atención a la naturaleza gratuita del contrato que, al ser hecho sin ninguna “premia”, según decían las Partidas, pedía el cumplimiento de ciertas precauciones para garantizar la solidez y seguridad del “animus donandi” y evitar generosidades quizá precipitadas». Y la STS de 31 de julio de 1999¹⁵ hizo mención del Derecho romano y de las Partidas para subrayar la necesidad de que las donaciones de bienes inmuebles constasen en escritura pública:

«La necesidad de la plasmación de la donación en escritura pública, es un requisito *ad solemnitatem*, o sea esencial para la eficacia del mismo que exige nuestro Código Civil, concretamente en su artículo 633, y con ello se rompe la norma general de nuestro sistema contractual, completamente impregnado por un principio

DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, *RDP*, 1971). En todo caso, su enfoque y ámbito temporal es distinto al que se desarrolla en este estudio.

¹³ ECLI: ES: TS:1963:150, RJ 1963\2515; ponente Emilio Aguado González.

¹⁴ ECLI: ES: TS:1979:126, RJ 1979\1273; ponente Carlos de la Vega Benayas.

¹⁵ ECLI: ES: TS:1999:5504, RJ 1999\6221; ponente Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

espiritualista, para el que la forma escrita se exige únicamente como requisito *ad probationem*.

Dicha exigencia formal *ad solemnitatem* admitida, además, sin fisuras por la jurisprudencia de esta Sala, tiene su origen en la conocida institución del Derecho romano de la *insinuatio* y recogida en nuestro Derecho histórico de la Ley de Partidas con la entronización de la *carta*; hace que la pretensión de la parte actora en la presente *litis* y, ahora, parte recurrente, deba ser totalmente declarada como decaída, puesto que con lo antedicho nunca podrá producir efectos y ni siquiera estimarse como válida una donación sobre bienes inmuebles, si no se ha plasmado la misma y, asimismo, la aceptación del donatario en escritura pública».

Sin embargo, es patente que en las referidas Sentencias los argumentos históricos no sirvieron para determinar el sentido de las normas del CC aplicadas al caso. Las alusiones a los antecedentes legislativos no aportaron nada al proceso exegético, y por tanto tuvieron un valor puramente formal, a modo de redacción elegante o de demostración de erudición¹⁶.

Más trascendentes fueron los antecedentes legislativos mencionados en la STS de 22 de diciembre de 1986¹⁷, que se enfrentó directamente a la mecánica traslativa de la donación. El recurrente había defendido la inexistente transmisión de la propiedad por donación debido a que no se había producido la entrega o tradición de los bienes donados. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación, argumentando lo siguiente:

«A partir del artículo 609 del Código Civil, se advierte que la donación es un negocio jurídico dispositivo que, por vía directa y sin precisión de tradición en forma alguna, produce el traspaso de la propiedad del patrimonio del donante al del donatario. Se trata, en suma, de un negocio jurídico dispositivo que atribuye, de suyo y sin necesidad de otra colaboración del donante, la propiedad del donatario, a diferencia del régimen de la compraventa en que ha de terciar un mecanismo traslativo del dominio y que sin duda es un fenómeno distinguible de los propios modos de adquirir la propiedad que enuncian el citado artículo 609 y el 1.095 consistente en la entrega, “*datio rei*”, “*datio possessionis*”, signo exterior denotador de la transmisión dominical al consistir en un signo exterior de reconocibilidad del dominio en favor del cesionario, indispensable ya que el artículo repetidamente citado es reflejo de la primera parte de la base 20 de la Ley de Bases del Código Civil de 11 de mayo de 1888. En el caso de las donaciones el efecto traslativo hay que anudarlo a la escritura pública de donación según el artículo 633 en relación con el 1.462 y con el artículo 38 de la Ley Hipotecaria. La forma exigida “*ad solemnitatem*” para la existencia de la donación se equivale con la tradición que es precisa dentro del

¹⁶ PÉREZ ALGAR, 1995, pp. 196-199.

¹⁷ ECLI: ES: TS:1986:7269, RJ 1986\7795; ponente Cecilio Serena Velloso.

ámbito de los contratos a que alude el artículo 609 de tal suerte que en aquélla la entrega de la cosa donada al donatario se efectúa por cuanto es ya suya mientras que en la compraventa la entrega es cumplimiento de la obligación de entregar y tradición de efectos traslativos del dominio y antes de la cual la cosa permanece en el patrimonio de “tradens”».

Es palpable comprobar que, para subrayar la distinta eficacia transmisiva de la donación y de la compraventa, el Tribunal Supremo acudió a una interpretación literal del artículo 609 CC, así como a una interpretación histórica, que se materializó en la mención a la base 20 de la Ley de bases de 1888, que reconocía la vigencia de la teoría del título y modo para la transmisión del dominio a través de los contratos¹⁸.

Posteriormente, la STS de 25 de septiembre de 1993¹⁹ dirimió el conflicto de sucesivas transmisiones de un mismo panteón. El Tribunal entendió que el artículo 1473 CC no resultaba aplicable para dirimir la preferencia de adquisiciones entre una compraventa y una donación, porque la compraventa transmite la propiedad solamente cuando se ha producido la entrega de las cosas vendidas, y «por el contrario, como entiende actualmente la doctrina predominante no es necesaria la tradición para la transmisión de la propiedad por donación», reproduciendo literalmente la argumentación en clave literal e histórica contenida en la STS de 22 de diciembre de 1986.

Ulteriores Sentencias del Tribunal Supremo han afirmado sin fisuras que la donación no precisa de tradición para transmitir la propiedad, aunque sin mencionar ningún elemento propio de la interpretación histórica. La STS de 14 de octubre de 2002²⁰ dijo:

«En cuanto al título de dominio de la actora consta en autos que ésta adquirió el dominio de la finca por donación que de la misma le hizo su madre en escritura pública de fecha 1 de octubre de 1992, “negocio dispositivo que, por vía directa y sin precisión de tradición en forma alguna, produce el traspaso de la propiedad del patrimonio del donante al donatario” (sentencias de 22 de diciembre de 1986 y 25 de octubre de 199[3]²¹)».

¹⁸ Con el propósito de argumentar de manera más fundada la diferente mecánica traslativa de la compraventa y de la donación, hubiese resultado conveniente mencionar la base 26 de la Ley de bases de 1888, que se refería específicamente a la naturaleza de la donación. Cfr. *infra*, III.6.2.3.

¹⁹ ECLI: ES: TS:1993:6242, RJ 1993\7654; ponente Pedro González Poveda.

²⁰ ECLI: ES: TS:2002:6701, RJ 2002\10171; ponente Pedro González Poveda.

²¹ Sin duda debido a un error tipográfico, la Sentencia alude a una anterior de 1996, cuando realmente fue dictada en 1993.

La STS de 5 de noviembre de 2019²² volvió a hacerse eco de la misma postura:

«Esta sala en sentencia 786/1986, de 22 de diciembre, declaró que en la donación se produce el traspaso de propiedad sin necesidad de tradición, al tratarse de un negocio jurídico dispositivo que no precisa de más colaboración del donante que la misma cesión o transferencia del dominio (art. 609 C. Civil).

En el mismo sentido la sentencia 966/1993, de 25 de octubre.

Sentado lo declarado, debemos aceptar que procede la estimación de la acción reivindicatoria (art. 348 del C. Civil), al contar el demandante con el dominio de la finca, que le fue transmitido en virtud de la escritura pública de donación, constitutiva de la entrega».

Finalmente, la STS de 24 de marzo de 2023²³ afirmó que la donación «constituye un negocio jurídico dispositivo del dominio».

2. LA UTILIDAD DE LA INTERPRETACIÓN HISTÓRICA DE LAS NORMAS

El artículo 3.1 CC sanciona expresamente la interpretación histórica de las normas, cuando dice que «las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas».

Como todo criterio de interpretación, el canon histórico no puede servir para constatar la *voluntas legislatoris*, sino la *voluntas legis*, esto es, el verdadero sentido de la ley, con independencia de lo que pretendieron los intervinientes en el proceso legislativo. No en vano, el artículo 3.1 CC mandata que la interpretación se realice «atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad» de las normas. Este criterio objetivo de interpretación ha sido asumido por la jurisprudencia. Fue muy clara al respecto la STS de 26 de febrero de 2018²⁴:

«Como afirmara la doctrina clásica de la hermenéutica jurídica, “el juez no debe atender a lo que el legislador se ha propuesto, sino solo a lo que de hecho ha dispuesto; más exactamente: a lo que, como contenido de su disposición, ha hallado expresión en las palabras de la ley según el sentido lógico, el gramatical, y el que se infiere de su conexión sistemática”. Tanto más cuando la

²² ECLI: ES: TS:2019:3523 RJ 2019\4530; ponente Francisco Javier Arroyo Fiestas.

²³ ECLI: ES: TS:2023:1176, RJ 2023\2130; ponente Juan María Díaz Fraile.

²⁴ ECLI: ES: TS:2018:494, RJ 2018\635; ponente Rafael Sarazá Jimena.

invocación se hace a veces no a lo que el legislador ha podido querer [...] sino a las intenciones de quienes han intervenido en el proceso prelegislativo. Los trabajos previos al proceso legislativo propiamente dicho tienen trascendencia en la comprensión de la norma, que solo pueden ser tomados en consideración en su interpretación en tanto hayan tenido una adecuada plasmación en el texto de los nuevos preceptos legales, interpretados de forma sistemática respecto del resto del ordenamiento jurídico, en especial, la normativa societaria, y en atención a la finalidad expresada en la ley».

En igual sentido se pronunció la STS de 30 de septiembre de 2010²⁵:

«Es evidente que, en tal tarea de interpretación, tiene gran utilidad conocer que es lo que el legislador quiso al elaborar la nueva Ley. De ahí el interés de los trabajos desarrollados por las comisiones, los proyectos aprobados, las discusiones parlamentarias... –artículo 3, apartado primero, del Código Civil– y, en el caso enjuiciado, de la justificación de la enmienda acogida finalmente.

Desde este punto de vista subjetivista de la interpretación poca duda ofrece [...].

Sin embargo, la norma legal constituye una realidad no meramente filológica ni histórica, sino jurídica, cuya «*vis directiva*» viene determinada por una propia «*ratio*», que le permite cumplir su función pese al transcurso del tiempo desde su promulgación y, siempre, dentro de un sistema. Por ello, la labor del intérprete no puede limitarse a identificar la voluntad del legislador, cuya actividad quedó consumada con la objetiva creación del precepto, que constituyere el reflejo de aquella –*lex, ubi voluit, dixit; ubi noluit tacuit*–, sino que ha de averiguar la que se conoce como *voluntas legis*, esto es, la voluntad objetiva e inmanente en el texto promulgado. De tal modo que, sabido que el legislador fue consciente de un problema de política legislativa y que quiso darle una determinada solución por medio de la Ley nueva, se impone determinar si realmente logró lo que quería y si el resultado de su quehacer llegó a constituir el remedio al que aspiraba».

Aunque quizá no sea un criterio hermenéutico que se utilice con mucha asiduidad por los Tribunales, no puede negarse la importancia del criterio de interpretación histórico, ya que los antecedentes históricos de una norma revelan qué es lo que se quiso cambiar o mantener del Derecho precedente, y los antecedentes legislativos revelan qué fue lo que se propuso, qué fue lo que se discutió y las conclusiones que se alcanzaron²⁶.

²⁵ ECLI: ES: TS:2010:5027, RJ 2010\7300; ponente José Ramón Ferrándiz Gabriel.

²⁶ RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, *DRXUSC*, 2013, p. 610.

Obviamente, el canon de interpretación histórica puede confirmar que la normativa vigente contiene los mismos principios o que responde a la misma finalidad que la normativa anterior que regulaba la misma materia. Y ello es lógico, pues como señaló al respecto Batlle Vázquez, «las normas jurídicas no surgen de la nada, sino que tienen su causa en una realidad preexistente que explica su razón de ser y aun su propio contenido. Los hechos en que se manifiesta su gestación revelan sus propósitos y finalidad, y con frecuencia son reproducción, actualización o desenvolvimiento de otras normas que con anterioridad existían. Por lo que, para la buena inteligencia de una ley, es un elemento precioso conocer las realidades antecedentes a su existencia que la explican en cuanto a su necesidad, función y contenido y que, a veces, pueden aclarar hasta las propias palabras que la conforman»²⁷.

Esta misma utilidad de la hermenéutica en clave histórica fue destacada por Pérez Álvarez:

«El empleo del canon histórico permite desvelar los orígenes de un precepto o el motivo determinante de una norma –*occasio legis*–; asimismo, desvela la tradición jurídica con la que el precepto enlaza y las construcciones doctrinales sobre la institución o figuras jurídicas que la norma regula; o en fin, permite corroborar un cierto entendimiento de una norma, o resolver –desde la consideración de los orígenes del precepto o de la figura de que se trata– las dudas que pudiera plantear su literalidad»²⁸.

Sin embargo, la interpretación histórica también puede permitir constatar si la norma actual se desmarcó de la regulación pretérita, en cuyo caso existirán poderosas razones para concluir que la ley pretende regular una misma realidad de manera distinta. Ello es así porque «cuando el legislador ha tomado alguna decisión acerca del antecedente histórico, esa decisión es la que se impone. Si el autor de la Ley rechazó la alternativa ofrecida por la normativa tradicional, esta normativa no podrá directamente determinar el sentido del texto actual»²⁹.

De hecho, la jurisprudencia suele recurrir a los antecedentes históricos y legislativos para constatar o descartar la existencia de un hilo conductor entre la norma vigente y la norma precedente³⁰.

²⁷ BATLLE VÁZQUEZ, 1978, p. 84.

²⁸ PÉREZ ÁLVAREZ, 1994, p. 157.

²⁹ PÉREZ ALGAR, 1995, pp. 62-63.

³⁰ Como es obvio, si no existe un precedente normativo que regule la misma realidad no es posible recurrir al criterio histórico de interpretación (PÉREZ ALGAR, 1995, pp. 163-165, 170-171). Es paradigmática en este sentido la STS de 6 de marzo de 1956 (ECLI: ES:TS:1956:112, RJ 1956\1145; ponente Manuel Ruiz Gómez), que señaló que «carente de antecedentes próximos en la legislación la disposición interpretada carece también de interés su interpretación histórica». En parecidos términos, la STS de 6 de junio de 1959

Así lo puso de relieve Pérez Álvarez, tras un detenido estudio de las Sentencias del Tribunal Supremo que se pronunciaron al respecto:

«En sede jurisprudencial se recurre sobre todo al canon histórico [...] para determinar los orígenes de una figura o institución jurídicas, así como para trazar la evolución del régimen que se les asigna. Por el cauce anterior se determinan las semejanzas o divergencias entre el régimen en vigor y el derogado, y con tal fundamento se resalta la singularidad del Derecho vigente en el aspecto de que se trata; o se asimilan las consecuencias derivadas de la nueva regulación, bien con las que se derivaban del régimen jurídico precedente, o bien de las que resultan del tratamiento asignado en el derecho histórico a la misma figura o institución; o también, se extraen consecuencias a resultas del cotejo entre la anterior y la nueva ubicación sistemática otorgada a la nueva norma que se trata de aplicar»³¹.

Los Tribunales hacen uso habitualmente del canon histórico junto con otros criterios interpretativos (gramatical, sistemático, teleológico o sociológico), para reforzar el sentido atribuido a una norma³², o como argumento a mayor abundamiento con la finalidad de reforzar la exégesis alcanzada tras el correspondiente proceso hermenéutico³³.

A modo de ejemplo, la STS de 14 de febrero de 1976³⁴ utilizó conjuntamente los criterios de interpretación gramaticales, históricos y sistemáticos; la STS de 9 de marzo de 2007³⁵ acudió a la interpretación histórica y sistemática; la STS de 17 de febrero de 2015³⁶ de nuevo se refirió a la interpretación histórica y sistemática; y la STS de 22 de julio de 2016³⁷ interpretó la norma aplicable con arreglo a los cánones históricos, gramaticales y sistemáticos.

De manera muy excepcional, la jurisprudencia ha recurrido al criterio histórico para evitar que la interpretación literal de una norma jurídica imprecisa comporte una consecuencia ilógica o indeseada³⁸. No obstante, como regla general, la interpretación his-

(ECLI: ES: TS:1959:1456, RJ 1959\2493; ponente Manuel Ruiz Gómez) resaltó la «falta de interpretación histórica, porque el precepto carece de precedente, ya que en la Ley citada se reconocieron por primera vez tales derechos».

³¹ PÉREZ ÁLVAREZ, 1994, p. 157.

³² PÉREZ ÁLVAREZ, 1994, pp. 82-92.

³³ PÉREZ ALGAR, 1995, p. 199-201; CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, *ADC*, 2019, pp. 780-789.

³⁴ ECLI: ES: TS:1976:115, RJ 1976\673; ponente José Beltrán de Heredia y Castaño.

³⁵ ECLI: ES: TS:2007:1601, RJ 2007\2230; ponente Clemente Auger Liñán.

³⁶ ECLI: ES: TS:2015:1402, RJ 2015\3625; ponente Francisco Javier Orduña Moreno.

³⁷ ECLI: ES: TS:2016:3976, RJ 2016\4102; ponente Francisco Javier Orduña Moreno.

³⁸ Constituye un ejemplo de ello la STS de 21 de marzo de 1988 (ECLI: ES: TS:1988:2042, RJ 1988\2220; ponente Ramón López Vilas): «Aunque los artículos del Código de Comercio que se refieren al protesto adolecen de una cierta imprecisión, en la medida en que unos aluden al protesto en sentido lato, esto es, comprensivo de la notificación, y otros en cambio parecen referirse sólo a la “protesta” (acto exclusivo del tenedor en virtud del cual insta del Notario el levantamiento de protesto), no cabe deducir de esto, sin

tórica no puede constituir un subterfugio para combatir el tenor literal de las normas o para vaciarlas de contenido³⁹. Como dijo Pérez Álvarez, «la consideración del canon histórico se mueve siempre dentro del ámbito del sentido gramatical de la norma que se trata de interpretar. Por medio del empleo del elemento histórico se resuelven dudas que suscita la literalidad de un precepto, otorgándole un determinado sentido a los problemas que puede suscitar la ambigüedad o indeterminación de la norma. Mas en ningún caso el canon histórico habilita a superar o corregir el significado de la norma que resulta de la consideración de su literalidad»⁴⁰.

3. ELEMENTOS DE LA INTERPRETACIÓN HISTÓRICA UTILIZADOS EN ESTE ESTUDIO

Es necesario determinar en qué consisten los «antecedentes históricos y legislativos» a los que alude el artículo 3.1 CC. Doctrinalmente, se ha señalado que para llevar a cabo una interpretación histórica de cualquier norma, pueden tomarse en consideración, entre otros elementos, los siguientes⁴¹: la legislación anterior sobre la misma materia; la doctrina que interpretó las normas precedentes; el derecho comparado; las leyes de bases que sirvieron de fundamento inmediato a los textos legales actualmente vigentes; los trabajos previos o preparatorios de la ley que se pretende interpretar (anteproyectos, proyectos, actas o memorias de comisiones técnicas); las discusiones parlamentarias que tuvieron lugar en las cámaras legislativas; y los preámbulos o las exposiciones de motivos.

También es habitual distinguir entre los antecedentes históricos (remotos o lejanos), y los antecedentes legislativos (inmediatos o próximos)⁴². Dentro de los primeros, cabría incluir la normativa ante-

embargo, que para la conservación de la vía regresiva baste con la diligencia del tenedor en la “protesta” estricta, pues esta idea que podría deducirse de una interpretación literal del artículo 483, “in fine”, del Código de Comercio, resulta insostenible a la vista de la interpretación histórica de la normativa del Código que nos recuerda la mejor doctrina especializada al sostener que se trata de un precepto, que, inadvertidamente, no fue adoptado al régimen de la Reforma ya citada de 1967, donde se consideraba necesario un protesto notificado al librado, sin lo cual –y con independencia de la actividad del Banco tenedor– la letra quedaría perjudicada. [...] Todo lo cual conduce a sostener que –como queda dicho– del artículo 467 resulta que la falta de protesto que genera la decadencia de la responsabilidad de los endosantes de la letra alude al protesto en sentido lato».

³⁹ STS de 16 de octubre de 2008 (ECLI: ES: TS:2008:5360; RJ 2008\5698; ponente Clemente Auger Liñán).

⁴⁰ PÉREZ ÁLVAREZ, 1994, p. 159.

⁴¹ BATLLE VÁZQUEZ, 1978, p. 84; PÉREZ ÁLVAREZ, 1994, pp. 152-156; PÉREZ ALGAR, 1995, pp. 46, 48; RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, *DRXUSC*, 2013, p. 611; CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, *ADC*, 2019, 756-757.

⁴² SALVADOR CODERCH, *ADC*, 1983, pp. 1657-1658; PÉREZ ALGAR, 1995, pp. 46-49; CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, *ADC*, 2019, pp. 756-757.

rior y la doctrina que la interpretó; y dentro de los segundos, todos los materiales y discusiones relativas a la formulación y aprobación en sede legislativa de la norma actualmente vigente. El derecho comparado juega un papel ambivalente, pues en función de los casos puede constituir un antecedente histórico y/o un antecedente legislativo. Lo mismo cabría señalar respecto de la doctrina, dado que las imprecisiones de una norma pueden ser subsanadas acudiendo al parecer de los autores al tiempo de la aprobación de la legislación.

Sentado lo anterior, a los efectos de este estudio, resulta imprescindible acudir a los antecedentes históricos y legislativos, tanto remotos como próximos. Ello es así porque la interpretación histórica de la mecánica traslativa de la donación constituye una ardua tarea, debido a múltiples razones.

– La regulación de la donación anterior al CC se encontraba dispersa en varios textos normativos vigentes desde la época medieval (Fuero Juzgo, Fuero Real, Partidas). Por ello, su recta interpretación constituye una cuestión espinosa; no solo por la antigüedad de los textos legales, sino porque es imprescindible determinar si tal regulación estaba basada en el Derecho romano clásico y postclásico, o en el Derecho justiniano, que concebían una eficacia transmisiva de la donación muy diferente.

– La dilatadísima vigencia de tales normas medievales obliga a estudiar la interpretación doctrinal a lo largo de los siglos. En esta tarea resulta fundamental determinar cuál fue el sentir de los autores, para comprobar si existía unanimidad o si por el contrario había interpretaciones distintas. Obviamente, el estudio doctrinal debe centrarse en los autores más modernos, con especial preferencia por los del siglo XIX.

– Como es de sobra conocido, las Sentencias castellanas de la Edad Moderna no estaban motivadas⁴³, lo que impide conocer la interpretación que hicieron los Tribunales de la regulación de la donación. Y a pesar de que el Tribunal Supremo ha tenido la obligación de motivar sus Sentencias desde 1838⁴⁴, no existe ningún estudio que haya analizado la jurisprudencia decimonónica relativa a la eficacia transmisiva de la donación.

⁴³ La Real Cédula de 23 de junio de 1778, cuyo contenido fue posteriormente incluido en NovR 11.15.8, transformó la no motivación de las Sentencias, que hasta entonces constituía una práctica en los Tribunales de Castilla, en una norma de obligatorio cumplimiento para todos los Tribunales de la monarquía.

⁴⁴ La obligación de motivar las Sentencias fue impuesta por el artículo 17 del Real Decreto de 4 de noviembre de 1838, que obligaba al Tribunal Supremo a exponer «los fundamentos legales del fallo» al resolver los recursos de nulidad. *Vid. BUCHHALTER MONTERO, JRDP*, 2022, pp. 267-272.

– No se conservan las actas de la Comisión de Codificación que deberían dar cuenta de las discusiones que mantuvieron sus miembros sobre la donación.

– Como es sabido, a diferencia de la Ley Hipotecaria de 1861, la publicación del CC de 1889 no vino acompañada de un preámbulo o de una exposición de motivos. La Real Orden de 29 de julio de 1889, que publicó la exposición de las enmiendas y adiciones introducidas en la edición reformada del CC, nada dijo sobre la donación.

4. ENFOQUE Y OBJETIVO DE ESTE ESTUDIO

Hechas estas advertencias preliminares, y descendiendo al objeto del presente estudio, es palmario que no existe en el CC vigente ningún precepto del que se desprenda de manera inequívoca si la donación transmite la propiedad de las cosas donadas con su perfeccionamiento, o si por el contrario la donación necesita la simultánea o posterior tradición de las cosas donadas para operar la transmisión del dominio. Precisamente esta ausencia de norma expresa es lo que justifica que deba recurrirse a los distintos criterios hermenéuticos que contempla el artículo 3.1 CC (entre ellos, el histórico) para responder al interrogante planteado.

En concreto, el recurso al criterio de interpretación histórica tiene una utilidad práctica evidente: corroborar o cuestionar el criterio casi unánime de la doctrina actual, compartido por la jurisprudencia reciente, que, sobre la base de una interpretación gramatical, sistemática y lógica de la regulación de la donación en el CC, subraya el carácter dispositivo o inmediatamente traslativo de la donación. Tal es el vacío doctrinal que se pretende colmar con este estudio⁴⁵.

II. LOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA DONACIÓN

1. INTRODUCCIÓN

Un análisis de los antecedentes históricos de la normativa reguladora de la donación exige remontarse hasta el Derecho romano, debido a que la mecánica traslativa de la donación en la normativa clásica, postclásica y justiniana diferían notablemente, y es esen-

⁴⁵ Queda fuera del propósito de este estudio determinar, sobre la base de una interpretación histórica, si la donación es en el CC un modo de adquirir, un contrato o ambas cosas a la vez. De igual modo, tampoco se abordará en este estudio si es posible configurar una donación obligacional o promisoria al margen del régimen jurídico de la donación en el CC.

cial determinar cuál fue el modelo que asumió el Derecho castellano anterior al CC. Dado que las normas castellanas que regulaban la donación procedían de la Edad Media, su correcta interpretación resulta dificultosa, lo que obliga a analizar los criterios doctrinales imperantes a lo largo de los siglos, prestando especial atención a los autores y a la jurisprudencia del siglo XIX.

2. DERECHO ROMANO CLÁSICO Y POSTCLÁSICO

Es pacífico que en el Derecho romano clásico la donación no constituía un negocio típico, sino una causa, que no generaba ningún efecto por sí misma, y que por tanto precisaba de un acto operativo en virtud del cual se produjese la atribución patrimonial⁴⁶. Así las cosas, era posible donar a través de *traditio*, *mancipatio*, *in iure cessio*, la promesa de una obligación o *stipulatio*, *acceptilatio*, cesión de créditos, o incluso una actividad fáctica, como la adquisición (*inaedificatio*, *plantatio* o *satio*). De esta diversidad de actos operativos y sus efectos característicos puede establecerse la primera clasificación de las donaciones, distinguiendo entre donaciones reales o traslativas, donaciones obligacionales o promisorias y donaciones liberatorias.

Parece que los negocios con causa de donación no fueron bien asimilados por la mentalidad romana: eran considerados irracionales, pues a diferencia de los negocios onerosos, el detrimento patrimonial no venía acompañado de una contrapartida. Por ello, la *Lex Cincia*, del año 204 a. C., prohibió las donaciones realizadas a favor de personas distintas de ciertos parientes, cuando excedieran de un determinado importe que resulta desconocido. Sin embargo, la referida ley no sancionaba al infractor, ni invalidaba la donación ilegal; simplemente la hacía atacable. El pretor podía conceder al donante una *exceptio legis Cinciae*, para oponerse a la reclamación del donatario consistente en el cumplimiento de la donación; o una *replicatio legis Cinciae*, cuando el donante reivindicaba una *res mancipi* donada y entregada.

De la contraposición entre la eficacia de la donación y la posible oponibilidad de la *exceptio legis Cinciae* se deriva el concepto de *donatio perfecta*, que implicaba donación completa, agotada, definitiva: una situación irrevocable, contra la que la ley no admitía

⁴⁶ KUNKEL, 1937, pp. 350-351; BIONDI, 1960, pp. 647, 686; KASER, 1968, pp. 213-214; IGLESIAS SANTOS, 1979, pp. 706-708; GARCÍA GARRIDO, 1982, pp. 625-626; VALIÑO DEL RÍO, 1991, pp. 414-415; GIMÉNEZ-CANDELA, 1999, p. 332; GUZMÁN BRITO, 2001, pp. 582, 587; D'ORS PÉREZ PEIX, 2004, p. 412.

ningún remedio jurídico⁴⁷. La *perfectio donationis* se reducía a la antítesis entre la eficacia *iure civili* del acto a través del cual se vehiculizaba la donación, y la posible oponibilidad de la *exceptio*. La perfección de la donación no se identificaba con la realización del acto operativo de la donación, que tenía sus propias reglas de perfeccionamiento. Así las cosas, la revocabilidad de la donación imperfecta no comportaba que el donante, arbitrariamente, pudiese dejar sin efecto la donación, sino la posibilidad de impedir o destruir sus consecuencias haciendo uso de los remedios que le brindaba la *Lex Cincia*⁴⁸. Como consecuencia de este sistema, las donaciones reales se perfeccionaban con la *traditio*; mientras que las donaciones obligacionales o promisorias se perfeccionaban con el cumplimiento definitivo de la prestación comprometida.

La conceptualización de la donación como una simple causa sin claros efectos definitivos (por estar sujeta a una eventual revocación), generaba una situación bastante compleja, que se agravó con el decaimiento de la jurisdicción pretoria, ante la imposibilidad de encontrar guías o pautas propias de un sistema ya de por sí confuso. Ello motivó que el Emperador Constantino I acometiese una reforma sustancial de la donación, que conllevó que pasase a ser un negocio típico. Mediante una ley probablemente del año 323, prescribió que la donación se otorgase ante testigos, se inscribiese el escrito en un registro público, y se entregase la cosa al donatario también ante testigos⁴⁹. El incumplimiento de estos requisitos provocaba la nulidad de la donación. A la luz de la normativa constantiniana, parece evidente que la perfección de la donación y su eficacia transmisiva coincidían temporalmente.

Así las cosas, cabe preguntarse si la reforma de Constantino I conllevó la prohibición de las donaciones obligacionales o promisorias. La doctrina romanista se encuentra dividida al respecto:

– D'Ors Pérez-Peix consideró que con la reforma «la donación por simple promesa pierde su carácter jurídico»⁵⁰. En el mismo sentido, Levy dijo que con arreglo a la legislación constantiniana «una mera promesa de donación no era vinculante»⁵¹.

– Por el contrario, Guzmán Brito entendió que la ley del año 323 contemplaba un régimen jurídico solamente aplicable a las donaciones reales, ya que no mencionaba a las demás clases de donaciones⁵². De la misma opinión fue Biondi, quien a pesar de

⁴⁷ BIONDI, 1960, pp. 657-658.

⁴⁸ GUZMÁN BRITO, 2001, pp. 602-603; BERNAD SEGARRA, *AFDUC*, 2012, p. 664.

⁴⁹ BIONDI, 1960, pp. 698-699; GUZMÁN BRITO, 2001, p. 623.

⁵⁰ D'ORS PÉREZ PEIX, 2004, p. 418.

⁵¹ LEVY, 1951, p. 139: «a mere promise to donate was therefore not binding».

⁵² GUZMÁN BRITO, 2001, pp. 623.

reconocer que la reforma de Constantino intentó disciplinarse a todas las clases y tipos de donaciones, consideró que la reforma solamente se aplicó a las donaciones reales⁵³. En esta última línea también se pronunció Voci⁵⁴.

3. DERECHO JUSTINIANO

De mucha más trascendencia fue la reforma que en materia de donaciones emprendió el Emperador Justiniano I, puesto que su contenido acabaría influyendo de manera decisiva en la normativa castellana, aplicable en buena parte de la Península Ibérica hasta la entrada en vigor del CC⁵⁵.

La normativa justiniana retornó al régimen clásico de la donación como causa en sus múltiples formas de operarla; pero al mismo tiempo, dio valor al simple pacto de donación. La entrega o *traditio* no significaba más que el cumplimiento o la ejecución de la obligación asumida al concertarse la donación⁵⁶. En palabras de Kaser, «la promesa de donación pasa a ser un *contractus* consensual y obligatorio por sí solo (*pactum legitimum*)»⁵⁷. En la misma línea, García Garrido señaló que «la donación se basa ahora exclusivamente en la *voluntas*»⁵⁸.

No obstante, dicho régimen jurídico quedó parcialmente atemperado, en la medida en que Justiniano distinguió entre las donaciones de cuantía superior o inferior a 500 sueldos⁵⁹. Para las pri-

⁵³ BIONDI, 1960, pp. 693-694.

⁵⁴ Voci, *RIDRA*, 1987, pp. 120-121.

⁵⁵ Cfr. *infra*, II.5.5.

⁵⁶ LEVY, 1951, p. 152-154; ARCHI, *RIDA*, 1958, pp. 422-426; Voci, *RIDRA*, 1987, pp. 134-138; GUZMÁN BRITO, 2001, pp. 623-624; LAMBERTINI, *LRDR*, 2003, pp. 68-74.

⁵⁷ KASER, 1968, pp. 214.

⁵⁸ GARCÍA GARRIDO, 1982, pp. 625-629.

⁵⁹ Inicialmente, se exigía escritura e insinuación para las donaciones superiores a 300 sueldos. En C 8.53.34 se decía: «Mandamos que ninguna donación, ya común, ya hecha antes de las nupcias, que ascienda hasta trescientos sueldos, necesite de insinuación, sirvo que tenga la suerte común, de modo que no esté limitada hasta la suma de doscientos sueldos, sino que en cuanto a la observancia sobre este particular sean iguales así las donaciones comunes como las hechas antes de las nupcias. Mas si se hubiere donado algo sobre la tasa legal, no sea válido únicamente lo que hay de exceso, pero subsista en su vigor la restante cantidad, que se fijó dentro de los términos de la ley, como si absolutamente ninguna otra cosa se hubiera añadido, considerándose esta como no escrita o no entendida [...] Mas si las cosas de la donación no hubieren sido dadas en dinero, sino en bienes muebles o inmuebles o semovientes, estímesse la cantidad de estos, y si verdaderamente ascendiera a la suma legal de sueldos, sea válida y subsista sin insinuación; pero si se hallara que es de mayor suma, y que no fue confirmada en actuaciones, quede sin efecto solamente el exceso». Posteriormente, el límite fue elevado a 500 sueldos, tal y como se desprende de C 8.53.36: «Habrán de ser válidas sin ninguna distinción hasta quinientos sueldos las demás donaciones, que mediando actuaciones no fueron de ningún modo insinuadas. Porque creemos que por la presente ley se debe añadir esto solamente para aumentar tales donaciones; moderando nuestra precedente ley de tiempo anterior, por la cual se

meras, además del contrato, también se exigía la escritura y la *insinuatio* o registro en los archivos públicos. Pero para las segundas no se exigía ninguna formalidad, bastando el simple pacto o convenio.

La conceptualización de la donación como contrato era clara en CI 4.21.17, donde se aludía a «los contratos de ventas, o permutas, o donaciones». También era evidente la asimilación de la donación justiniana con el mecanismo transmisivo de la compraventa a la luz de la descripción que se ofrecía en la *Instituta*. Concretamente, en I 2.7.2 se señalaba:

«Las otras donaciones son las que se hacen sin ninguna previsión de la muerte, y a las cuales llamamos entre vivos; estas en nada se comparan con los legados. Las cuales si hubieren sido perfeccionadas, no pueden ser revocadas sin motivo. Pero se perfeccionan, cuando el donante hubiere manifestado su voluntad por escrito o sin escrito; y una constitución nuestra ha querido que, a ejemplo de la venta, tengan también en sí necesidad de la tradición, de modo que, aun cuando no se entreguen, tengan plenísima y perfecta validez, e incumba al donante la necesidad de la tradición».

La entrega de la cosa en ejecución de la donación también era evidente en el *Codex*. Así, en CI 8.53.1 se decía:

«Donados y entregados los instrumentos de la compra de esclavos, debes entender hechas la donación y la entrega también de los mismos esclavos; y puedes, por lo tanto, ejercitar contra el donador la acción real».

Igualmente, en CI 8.53.35:

«Si verdaderamente en todos los antes mencionados casos se hubiere retenido por el donador el usufructo, se entiende que de derecho se hace también la entrega. Mas si de ninguna manera hubiere expresado esto el donador, pero en la donación se hubiere insertado una estipulación, sea compelido en fuerza de esta a hacer la entrega. Pero si también esto hubiera sido olvidado, y él no retuviere el usufructo, impóngasele, sin embargo, por nuestra ley la necesidad de entregar también lo que quiso donar, a fin de que no sea inútil la donación porque no hayan sido entregadas las cosas, y para que no se confirme la donación por la entrega, sino que el efecto necesario de la entrega siga a una liberalidad plena y hecha

mandó que tuvieran validez aun sin la insinuación, las donaciones hechas hasta trescientos sueldos».

Para esta y las sucesivas citas de normas de Derecho romano, se ha tomado el texto (y su traducción al castellano) de *Cuerpo del Derecho civil romano á doble texto, traducido al castellano del latino publicado por los hermanos Kriegel, Hermann y Osenbrüggen con las variantes de las principales ediciones antiguas y modernas y con notas de referencias por D. Ildefonso L. García del Corral*, 1889-1898.

perfectísima con arreglo a nuestra ley, y el donador tenga necesidad de entregar de todos modos las cosas o la parte de bienes que hubiere designado, o todos los bienes [...]. Y en todos los susodichos casos serán compelidos a entregar las cosas donadas no solamente ellos, mientras viven, sino también sus sucesores, no solamente a aquellos a quienes se les hizo la donación, sino también a sus herederos».

Idéntica conclusión se obtiene de las *Novellae*. En particular, Nov. 162 decía:

«Recordamos nuestra Constitución, que dice, que, aunque no estipule la entrega, le incumbe al donante la necesidad de entregar la cosa donada [...]. Y la entrega, si se hizo, dele a ella excepción, y, si no se hizo, dele también la exacción por medio de la acción de lo estipulado, si verdaderamente hubiere mediado estipulación, y, si no hubiere mediado, por la condición nacida de la ley, para obtener la cosa donada».

Es muy relevante destacar que se concedía al donatario una acción para reclamar la entrega de la cosa, incluso aunque no se hubiese pactado estipulación, en virtud de «condición nacida de la ley». A pesar de que Justiniano I no creó una acción especial para el cumplimiento del contrato de donación, sin duda se estaba refiriendo a la *condictio ex lege*, contemplada en el *Digesto*⁶⁰ y también mencionada en el *Codex* (CI 4.9⁶¹). Concretamente, en D 13.2.1, titulado «De la condición nacida de la ley», se decía: «si por una nueva ley se hubiera introducido una obligación, y no se previno en la misma ley de qué género de acción hayamos de usar, se ha de intentar la que nace de la ley»⁶².

A la vista de la normativa justiniana, es palmario que la donación se consideraba a todos los efectos como un contrato, en virtud del cual el donante asumía una obligación de entrega. La donación era perfecta e irrevocable desde que las partes la hubiesen convenido, y la *traditio* no era más que su posterior cumplimiento o ejecución, que operaba la transmisión de la cosa donada, y que era exigible por el donatario.

4. DERECHO VISIGODO

Se ha señalado por diversos autores que la donación visigoda estaba regulada de un modo muy parecido al régimen del Derecho

⁶⁰ GUZMÁN BRITO, *RDPUCV*, 2004, pp. 202-206.

⁶¹ «De la condición derivada de ley».

⁶² KUNKEL, 1937, p. 357.

romano vulgar⁶³. No obstante, más allá de esta genérica afirmación, interesa determinar si la normativa visigoda era la propia del derecho constantiniano o del derecho justiniano, a la vista de la distinta eficacia transmisiva de ambos regímenes jurídicos.

La Ley 308 del Código de Eurico decía que «la cosa donada, si se entrega en presencia, no la revoque el donante en modo alguno, a no ser por causas ciertas y probadas»⁶⁴. La eficacia transmisiva de la donación se producía con la entrega o *traditio*. No existía, sin embargo, ninguna alusión expresa a los requisitos formales del negocio; simplemente se aludía a su irrevocabilidad⁶⁵. Así y todo, no parece lógico deducir que existiese libertad de forma, dado que ello entraría en colisión con la tradición del Derecho romano vulgar y del Derecho germánico⁶⁶. Merêa sugirió que la Ley 307, que sentaba la validez de las donaciones entre cónyuges, siempre que estuviesen presentes dos o tres testigos que firmasen con el donante la escritura de donación⁶⁷, constituía una norma extrapolable a todas las donaciones⁶⁸. En cambio, D'Ors Pérez-Peix estimó que la ausencia de regulación de la forma de la donación *inter vivos* en la Ley 308 constituía «un silencio prudente ante un requisito de aplicación muy problemática», debido a la resistencia práctica a realizar la *insinuatio*, y ante el imposible mantenimiento de dicho requisito como consecuencia de la desorganización de las curias⁶⁹.

La posterior Ley 5.2.6 de Chindasvinto, titulada *De rebus traditis vel per scripturam donatis*⁷⁰, evitaba la *repetitio* si la entrega de la cosa donada se producía en presencia de donante y donatario. Por lo tanto, la *traditio* de la cosa en la donación *inter vivos* consolidaba el derecho del donatario; a partir de ese momento, la donación se perfeccionaba y devenía irrevocable⁷¹. No obstante, no se exigía una entrega material; bastaba que el donante hiciese llegar la escritura de donación al donatario, o que el documento, con el consentimiento del donante, llegase a manos del donatario⁷². No existía ninguna mención al registro, y tampoco se exigía una formal *traditio chartae*⁷³.

⁶³ LEVY, 1951, p. 167; D'ORS PÉREZ PEIX, 2014, p. 235.

⁶⁴ Para esta y las posteriores citas de Derecho visigodo, se ha tomado el texto (y su traducción al castellano) de D'ORS PÉREZ PEIX, 2014.

⁶⁵ LEVY, 1951, p. 165.

⁶⁶ LEVY, 1951, pp. 164-165.

⁶⁷ MARLASCA MARTÍNEZ, *ED*, 2010, pp. 85-86, 88.

⁶⁸ MERÊA, 1948, pp. 73-74.

⁶⁹ D'ORS PÉREZ PEIX, 2014, p. 238.

⁷⁰ «Sobre las cosas transmitidas o donadas por escrito». Traducción del autor.

⁷¹ ÁLVAREZ CORA, *AHDE*, 2004, p. 545.

⁷² MERÊA, 1948, pp. 76-77; MARLASCA MARTÍNEZ, *ED*, 2010, p. 95.

⁷³ LEVY, 1951, pp. 165-166; MERÊA, 1948, p. 79.

En todo caso, la normativa visigoda examinada perfilaba a la donación como un contrato dispositivo, pues aunque la *traditio* se identificaba como mecanismo para la transmisión de la propiedad del objeto donado, la irrevocabilidad se producía en el momento de la entrega de la cosa⁷⁴. Como apuntó Merêa, no hay «ningún rastro de la influencia de la profunda reforma justiniana, por la que la simple convención de donación era válida independientemente de cualquier formalidad, por lo menos a efectos obligatorios»⁷⁵. Esta circunstancia, dejando de lado los requisitos formales, aproxima la transmisión de la propiedad de la donación visigoda a la donación de Constantino I.

5. DERECHO CASTELLANO

5.1 Esquema de fuentes anterior a la codificación civil

Para continuar analizando el devenir histórico de la mecánica transmisiva de la donación, es necesario ahondar en el Derecho castellano histórico. A tal fin, resulta fundamental determinar la prelación de fuentes, habida cuenta de la acumulación normativa y de la habitual ausencia de derogación expresa de normas pretéritas que caracterizaba el ordenamiento jurídico del Antiguo Régimen.

El orden de prelación de fuentes del Derecho castellano anterior a la entrada en vigor del CC, según la doctrina⁷⁶, era el siguiente:

- En primer lugar, la Colección Legislativa, entendiéndose por tal las disposiciones legales emanadas del Rey o de las Cortes que fuesen posteriores a la Novísima Recopilación y a sus Suplementos.
- En segundo lugar, la Novísima Recopilación de 1805 y sus posteriores Suplementos.
- En tercer lugar, la Nueva Recopilación de 1567.
- En cuarto lugar, el Fuero Juzgo, el Fuero Real y los fueros municipales, siempre que fuesen usados y guardados y no resultasen contrarios a otras disposiciones legales preferentes.
- En quinto y en último lugar, las Partidas.

⁷⁴ ÁLVAREZ CORA, *AHDE*, 2004, p. 547.

⁷⁵ MERÊA, 1948, p. 76 («nenhum vestígio de influência da profunda reforma justiniana, pela qual a simples convenção de doação ficou valendo independentemente de qualquer formalidade, ao menos para efeitos obrigatórios»).

⁷⁶ ANTEQUERA BOBADILLA, 1886, p. 203; SÁNCHEZ ROMÁN, 1890, p. 109; GARCÍA-GALLO DE DIEGO, *ARAJL*, 1988, pp. 22-23.

Sin embargo, este orden de prelación teórico debe matizarse, con importantes consecuencias para el desarrollo de los siguientes apartados.

Para comenzar, hay que tener presente que los fueros municipales (cuyo uso debía acreditarse, y que no podían contravenir disposiciones de rango superior) contenían escasas normas civiles. Excede de este estudio, en cualquier caso, un análisis acerca de la regulación de la donación en los muchísimos fueros municipales que llegaron a tener vigencia en la Corona de Castilla. Con todo, no está de más señalar que los investigadores que se han dedicado a tal menester han constatado el «casi total olvido» de la donación en los fueros locales y territoriales, en los cuales, con excepción de someras referencias a las donaciones de carácter público, la institución quedó «casi totalmente reclusa al anonimato»⁷⁷.

En segundo lugar, a pesar de que las Partidas teóricamente constituían el Derecho supletorio de último grado, en la práctica constituían un texto legal de primer orden, de extraordinaria importancia para el Derecho civil castellano⁷⁸. Ello fue así debido a múltiples factores: el escaso número de leyes civiles que fueron recopiladas; la enorme extensión y gran calidad técnica de las Partidas, incomparables con las demás fuentes legales, incluidas las recopilaciones; y quizá por ello, la marcada preferencia y simpatía que siempre merecieron por parte de los juristas y los Tribunales⁷⁹. En este sentido, Domingo de Morató consideró que el orden de prelación de fuentes podía examinarse «bajo dos puntos de vista: el teórico o rigurosamente legal, y el práctico o de verdadera aplicación»⁸⁰; llegando a afirmar que «si bien el Legislador se ha mantenido estacionario, la Jurisprudencia y la práctica de los Tribunales han reducido la Legislación civil casi al estado de unidad, con la preferencia poco menos que exclusiva, que han concedido al Código de las Siete Partidas sobre todas las colecciones anteriores, Código que por su mérito excelente logró dejarlas como oscurecidas y casi enteramente olvidadas»⁸¹. Del mismo modo, Antequera Bobadilla dijo que las Partidas, «aunque se mencionan siempre en último lugar, son las que en rigor constituyen la base de nuestra legislación civil»⁸².

En tercer término, aunque la Nueva Recopilación y la Novísima Recopilación sí contenían algunas leyes relativas a las donaciones,

⁷⁷ RODRÍGUEZ GIL, 1981, p. 203.

⁷⁸ GARCÍA-GALLO DE DIEGO, *ARAJL*, 1988, p. 23.

⁷⁹ SÁNCHEZ ROMÁN, 1890, pp. 109-110.

⁸⁰ DOMINGO DE MORATÓ, 1856, p. 298.

⁸¹ DOMINGO DE MORATÓ, 1856, p. 299.

⁸² ANTEQUERA BOBADILLA, 1886, p. 203.

estas no eran más que reproducciones literales de leyes contenidas básicamente en el Fuero Real⁸³. En concreto:

– El Título 10 del Libro V de la Nueva Recopilación se denominaba «De las donaciones y mercedes que los reyes han hecho, y hizieren otras personas». NR 5.10.7, denominada «En quantas maneras se haze la donacion», era una mera reproducción de FR 3.12.6⁸⁴.

– Por lo que se refiere a la Novísima Recopilación, las donaciones estaban incluidas en el Título VII del Libro X. NovR 10.7.1 era una mera reproducción de NR 5.10.7, que, a su vez, reproducía FR 3.12.6⁸⁵.

– Además, con excepción de NR 5.10.7 y NovR 10.7.1, que se limitaban a decir que las donaciones podían hacerse entre vivos o por causa de muerte, todas las demás leyes de la Nueva Recopilación y de la Novísima Recopilación estaban dedicadas a donaciones y dádivas realizadas por el Rey o la Corona.

Por las razones expuestas, se prescindirá de analizar aisladamente las normas de la Novísima Recopilación y de la Nueva Recopilación, para evitar repeticiones innecesarias.

En cuarto lugar, las normas civiles dictadas con posterioridad a la Novísima Recopilación y sus Suplementos, pero anteriores a la entrada en vigor del CC de 1889, no abordaron la mecánica transmisiva de la donación⁸⁶.

La consecuencia de lo expuesto es que a toda donación hecha en Castilla le resultaban de aplicación, simultáneamente, leyes contenidas tanto en el Fuero Real como en las Partidas, como acredita el estudio de García Sánchez⁸⁷, quien analizó jurídicamente el contenido de una escritura de donación del siglo XVI.

⁸³ MANRESA Y NAVARRO, 1896, p. 57; SÁNCHEZ ROMÁN, 1888-1889, pp. 665-666 («la Nueva y Nov. Recopilación, prescindiendo de las numerosas leyes que dedican á las donaciones y mercedes reales, dictadas la mayor parte en los siglos XV y XVI, concretáanse a reproducir la ley del Fuero Real, que determina el concepto diferencial de las donaciones inter vivos y mortis causa, la ley 69 de Toro que prohíbe la donación de todos los bienes, y las disposiciones del siglo XV, referentes á la nulidad de las donaciones hechas en fraude de pechos reales»); GUZMÁN BRITO, *RDPUVCV*, 2004, pp. 215-218.

⁸⁴ El texto de la Nueva Recopilación se ha tomado de *Recopilacion de las leyes de los reynos hecha por mandado dela magestad catholica del Rey don Philippe Segundo nuestro Señor*, 1569.

⁸⁵ El texto de la Novísima Recopilación se ha tomado de *Novisima Recopilacion de las leyes de España. Tomo V. Libros X, XI y XII*, 1805.

⁸⁶ Y ello, sin perjuicio del valor interpretativo de la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861, a la que se aludirá más adelante (cfr. *infra*, II.5.8).

⁸⁷ GARCÍA SÁNCHEZ, 1988, pp. 393-407.

5.2 Fuero Juzgo

Como es sabido, el Fuero Juzgo (también conocido como *Liber Iudiciorum*, *Lex Liber Iudicum* o *Lex Visigothorum*) fue un texto legal visigodo, promulgado durante el reinado de Recesvinto, con añadidos posteriores de Ervigio. Muy posteriormente, fue traducido al romance como Fuero Juzgo, y tuvo amplia vigencia en Castilla; primero durante la Baja Edad Media como derecho local⁸⁸, y posteriormente durante la Edad Moderna como derecho general⁸⁹. Por tanto, es destacable la dilatadísima vigencia de este cuerpo normativo, que a pesar de su origen visigodo fue aplicado durante muchísimos siglos.

En el Fuero Juzgo⁹⁰, la donación estaba regulada en el Título II («De las donaciones») del Libro V («De las avenencias é de las compras»). Nos interesa especialmente la larguísima Ley VI, denominada «De las cosas que son dadas por escrito». Comienza dicha ley diciendo que «las cosas que son dadas luego de mano, en ninguna manera non las deve demandar aquel que las dió. E si avinier por aventura que la cosa que es dada sea luenne, si es dada por escrito, non deve por ende ménos valer, que estonz semeia la donacion perfecta, pues que a ende el escrito daquel que ie la da».

Comentando FJ 5.2.6, Villadiego Bascuñana y Montoya señaló que «una donación hecha entre vivos, y seguida de la tradición, se dice perfecta, y por tanto no puede revocarse en absoluto, ni modificarse la propiedad ni la condición de la cosa»⁹¹.

Parece claro que existe continuidad con la normativa visigoda anterior: se determina la irrevocabilidad de la donación a partir de la entrega de la cosa, y, además, se equipara la entrega material de la cosa con la entrega de la escritura⁹². Por consiguiente, en el Fuero Juzgo, la donación continuaba siendo un contrato dispositivo.

No obstante, FJ 5.2.6 contiene una frase que permite cuestionar que la donación siempre se perfeccionase con la entrega:

«E si alguno era engannado por falsa donacion, é fezo despen-
sas en aquél que ie la prometiera, mandamos que ie lo entregue el

⁸⁸ TOMÁS Y VALIENTE, 2002, pp. 104-105, 162-163; ESCUDERO LÓPEZ, 1995, pp. 210-211, 421, 429; PESET REIG, 2000, pp. 90-91, 94-96.

⁸⁹ PESET REIG, 2000, pp. 96-97.

⁹⁰ El texto del Fuero Juzgo en lengua castellana se ha tomado de *Fuero Juzgo. Edición de la Real Academia Española de 1815*, edición anastática, 2015.

⁹¹ VILLADIEGO BASCUÑANA Y MONTOYA, 1660, f. 267 («donatio enim facta inter vivos, et traditione sequuta, dicitur perfecta, et ideo revocari minime potest, nec rei dominium, vel conditio mutatur»). Traducción del autor.

⁹² De hecho, VILLADIEGO BASCUÑANA Y MONTOYA tituló FJ 5.2.6 «Que la donacion hecha entre vivos, entregada la cosa, o la escritura de la donacion, sea firme, y no se pueda reuocar» (VILLADIEGO BASCUÑANA Y MONTOYA, 1660, f. 266 v).

donador ó sus herederos, que aquel que cuidaba aver ganancia de vana promision, non reciba danno».

La norma estaba pensando en una donación prometida, posteriormente incumplida, que comportaba un deber de entrega para el donante o sus herederos. Se ha afirmado que el tenor de la ley permite argumentar que el Fuero Juzgo también reconocía la viabilidad de una donación obligacional o promisoria⁹³. A favor de esta tesis cabe apuntar que se determinaba que la entrega de la cosa donada era una obligación originada por una promesa, que se transmitía a los herederos del donante; lo cual obviamente sería incompatible en el ámbito de una donación dispositiva, pero que encontraría perfecto acomodo en una donación obligacional o promisoria. Ciertamente, el texto legal, sin llegar a ser definitivo, es muy sugerente.

5.3 Fuero Real

En el Fuero Real⁹⁴, la donación estaba regulada dentro del Libro III, en el Título XII, titulado «De las donaciones».

FR 3.12.1 decía que «maguer que qualquier ome que diere alguna cosa a otre non gela pueda despues toller». Además, FR 3.12.2 añadía que «toda cosa que un ome diere a otro, e la metiere en su poder, ol diere dende carta, non gela pueda despues toller, si non por alguna de las cosas que manda la ley».

Por otra parte, el tenor de FR 3.12.6 era el siguiente:

«Donaciones facense en dos maneras, o por manda en razon demuerte, o en sanidat sin manda. La que es fecha por manda pue dela aquel que la fizo dar a otre, o retenerla para sí si quisiere; et la que es fecha dotra guisa non la pueda toller a aquel que la dió, sinon por aquellas razones que manda la ley: et esto si fuer fecha la donacion así como manda la ley».

Se ha afirmado que el Fuero Real contemplaba una donación exclusivamente dispositiva, en la medida en que en ningún momento aludía a una promesa de donar, y siempre se refería a la dación o entrega de la cosa donada⁹⁵. En apoyo de este planteamiento cabría señalar que la norma parecía vincular la irrevocabilidad de la donación con la entrega.

⁹³ DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, *RGLJ*, 1985, pp. 723-724; ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, 1998, p. 439.

⁹⁴ El texto del Fuero Real se ha tomado de *Fuero Real de Alfonso X El Sabio. Edición de la Real Academia de la Historia de 1836*, edición anastática, 2015.

⁹⁵ VALLET DE GOYTISOLO, *ADC*, 1952, p. 1214; DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, 2000, p. 38; GUZMÁN BRITO, *RDPUCV*, 2004, pp. 214, 218.

Sin embargo, esta interpretación no es concluyente. De un lado, está basada exclusivamente en la literalidad de la norma, que ciertamente aludía a la dación, pero sin determinar en ningún momento si la entrega obedecía a un acuerdo de voluntades previo o simultáneo. También hay que destacar que FR 3.12.2 aludía claramente a una tradición instrumental de la cosa donada mediante la entrega de la carta de donación. Por añadidura, cabría argumentar que la intención del Fuero Real no sería más que reafirmar la irrevocabilidad de la donación; de ahí que se dijese reiteradamente (de forma casi obsesiva en FR 3.12.1⁹⁶) que el donante no podía *toller* (quitar) la cosa donada una vez entregada⁹⁷.

Además, hay que poner de relieve que en el Fuero Real existían diversas leyes cuya redacción no concordaba con una donación dispositiva, pero que en cambio sí que serían congruentes con una donación promisorias u obligacionales. Por de pronto, en FR 3.12.4 se decía que «toda cosa mueble que ome mandare a eglesias, o a pobres, o en otros logares, de alimosna, o para quando se ordenare clerigo, o para boda de lego, el que la mandare sea tenuto de gela dar». Da la impresión de que se estaba aludiendo en algunos casos a una donación sometida a condición suspensiva, pero en otros casos a una donación cuya entrega quedaba diferida y que debía ser cumplida. También suscita dudas la interpretación de parte de la norma contenida en FR 3.12.10, según la cual «si alguno ficriere carta de donacion de sus cosas a otre, e la carta toviere el que la fizo e non la diere, puedagela toller si quisiere e darla a otre, o facer della lo que quisiere; et si teniendo la carta integra moriere, e en la vida o a la muerte non mudare nada, nin ficriere ninguna cosa daquello que es escripto en la carta, vala la donacion e ayala aquel a cuyo nombre fue fecha la carta si fuere bivo». El supuesto de hecho consistía en una escritura de donación que no había sido entregada al donatario: si el donante se había quedado con la cosa donada, y no había entregado la carta de donación a otra persona, ni había deshecho la donación, se reconocía la validez de la donación hecha a favor del donatario, siempre que sobreviviese al donante.

⁹⁶ «Maguer que qualquier ome que diere alguna cosa a otre non gela pueda despues toller, pero sil fuere desconnosciente e lo desgradesciere aquello quel dió, como sil firió o sil denostó de malos denuestos, o sil desonró aviltadamiente, o sil tollió ol fizo toller sus cosas sin derecho, ol conseió muerte o lision de su cuerpo, o si gelo dió por alguna cosa facer e non la fizo, por aquestas cosas o por cada una dellas el que dió la cosa, puedala toller aquel a qui la dió: pero si gelo él non quisiere toller, sus herederos non gela puedan toller nin demandar, pues aquel que gela dió non gela quiso toller».

⁹⁷ Criterio compartido en ALVAREZ CORA, 2005, p. 157. En todo caso, la interpretación jurisprudencial del Tribunal Supremo confirma este planteamiento. Cfr. *infra*, II.5.9.1.

En cualquier caso, la mayor endeblez del planteamiento que defiende el carácter siempre dispositivo de la donación en el Fuero Real es que no concede ninguna relevancia a la interpretación de los juristas contemporáneos que lo aplicaron.

De hecho, en una de las glosas que se han conservado del Fuero Real, atribuida (no sin polémica⁹⁸) a Vicente Arias de Balboa⁹⁹, nos encontramos con que «a los lados del texto de la Ley I, se lee difícilmente: Vide Instituta, De Donacionibus»¹⁰⁰. Difícilmente cabe defender que la donación en el Fuero Real tenía siempre una eficacia dispositiva si el intérprete lo glosaba haciendo expresa referencia a las Instituciones de Justiniano, donde se regulaba claramente a la donación como un contrato, que precisaba de la tradición para transmitir el dominio de la cosa donada. A mayor abundamiento, Arias de Balboa habría titulado FR 3.12.6 «cómo la donación mortis causa se puede revocar»¹⁰¹, lo que abundaría en que la intención del Fuero Real no fue determinar la eficacia transmisiva de la donación, sino resaltar su irrevocabilidad.

Pero es más, en el comentario más conocido del Fuero Real, obra de Díaz de Montalvo, se aludió claramente a la posible configuración de la donación como negocio obligacional. Así, al comentar FR 3.12.2, dijo: «de otro modo, la donación es perfecta por pleno consentimiento, entonces, no puede ser revocada cuando el donante esté obligado a la entrega; sin embargo, transfiere la propiedad de la cosa prometida a otro con la posesión de la cosa»¹⁰². En consecuencia, se compatibilizaba la donación como contrato directamente traslativo y como contrato obligacional.

Así las cosas, parece más razonable mantener un planteamiento más matizado: aunque el Fuero Real, literalmente interpretado, parecía aludir primordialmente a la donación dispositiva, su contenido no fue impedimento para que sus glosadores lo interpretasen conforme a la normativa justiniana, y defendiesen la viabilidad de una donación promisorias u obligacional, en la que la entrega no era simultánea a la celebración del contrato. En esta línea, Vallet de Goytisolo destacó que «los clásicos castellanos, entendidas las normas de las Partidas y del Derecho romano como supletorias del Derecho real, distinguieron dos formas de donación»¹⁰³.

⁹⁸ PÉREZ MARTÍN, 1982, pp. 247-249.

⁹⁹ CERDÁ RUIZ-FUNES, *AHDE*, 1952, pp. 731-1141.

¹⁰⁰ CERDÁ RUIZ-FUNES, *AHDE*, 1952, p. 982.

¹⁰¹ CERDÁ RUIZ-FUNES, *AHDE*, 1952, p. 982.

¹⁰² DÍAZ DE MONTALVO, 1569, f. 170 v. («alio modo est perfecta donatio perfectione plena consensus tamen et tunc licet revocari non possit quandum donator teneatur tradendo; tamen alteri rem promissam transfert dominium in alium rei possessionem»). Traducción del autor.

¹⁰³ VALLET DE GOYTISOLO, *ADC*, 1952, p. 1214.

5.4 Espéculo

La autoría, fecha y discutida vigencia del Espéculo son cuestiones controvertidas que han hecho correr ríos de tinta. Sin embargo, en este apartado solamente interesa determinar si su contenido puede resultar de ayuda para determinar la eficacia traslativa de la donación en el Derecho histórico castellano.

El Espéculo¹⁰⁴ ha llegado hasta nosotros incompleto. A pesar de no haberse conservado la parte del texto que regulaba la donación, interesa destacar que, dentro del Libro V, en el Título VIII, titulado «De las razones e de las maneras por que se gana señorío e tenencia de las cosas», la Ley XX decía:

«Dando alguno tenencia de la su cosa a otro por compra, o por donacion, o por camio, o por casamiento aquel que la recebiere gana señorío en ella, segunt que dize en cada uno de los titulos que fablan destas cosas».

Igualmente expresiva resultaba la Ley XXIV:

«E como quier que dixiemos ya en este titulo como se gana señorío o tenencia de la cosa, bien queremos que sepan todos que el señorío es rayz de la tenencia, e por razon del señorío la pueden demandar por suya. E desde lo ovieren provado deven seer entregados della. Enpero a las vezes la tenencia es rayz del señorío, asi como en las vendidas, o en los donadios, o en los camios, o en las otras cosas, o maneras por que se pueden enagenar las cosas, en que a mester que la tenencia vaya adelante, e sea fecha primero a aquel a qui la cosa enagena, para ganar el señorío en qualquier destas maneras».

Por consiguiente, en el Espéculo la donación se equiparaba a la compraventa: era un contrato que permitía adquirir la propiedad, pero siempre que se obtuviese la posesión de la cosa, mediando la entrega por parte del donante.

5.5 Partidas

Es pacífico que el contenido de las Partidas estaba muy influido por el *Corpus Iuris Civilis*¹⁰⁵. Tomando en consideración esta circunstancia, procede determinar si este texto legal, de extraordinaria importancia para el Derecho castellano, regulaba a la donación como un simple título de adquisición, que precisaba de la entrega

¹⁰⁴ El texto del Espéculo se ha tomado de *Opúsculos del Rey Sabio: el Espéculo. Edición de la Real Academia de la Historia (1836)*, edición anastática, 2018.

¹⁰⁵ PÉREZ MARTÍN, *GLOSSAE*, 1992, pp. 215-246.

de las cosas donadas para adquirirlas, al estilo de las leyes justinianeas, o si por el contrario concebía a la donación como un contrato dispositivo, que operaba de manera automática la transmisión del dominio, sin necesidad de entrega o tradición.

5.5.1 CONTRATO CONSENSUAL PRODUCTOR DE OBLIGACIONES

En P 5.4.1¹⁰⁶ se definía a la donación de la siguiente manera: «donacion es bien fecho que nasce de nobleza, de bondad de coraçon, quando es fecha sin ninguna premia».

Habitualmente, la eficacia traslativa de la donación en las Partidas se ha vinculado a la redacción de P 5.4.4, titulada «en que manera puede ser fecha la donacion», que decía así:

«Facer se puede la donacion en quatro maneras. La primera, quando es fecha sin ninguna condicion. La segunda, quando aquel que la da, pone condicion en el donadio. La tercera, quando son presentes en algund logar el que da, e el que rescibe la donacion. La quarta, quando aquel que quiere fazer la donacion, es en otra tierra. Ca estonce non la puede fazer si non por carta, o por mensajero cierto, en que le embie a dezir, señaladamente lo que le da. E quando la donacion es fecha simplemente por carta, o por palabra, mas non es aun entregado aquel a que la fazen, tenuto es de complir la aquel que la faze, o sus herederos. Pero esto se deue entender desta guisa, que si aquel que la donacion ha de complir, fuesse tan rico, que aya de lo que le fincare, tanto de lo suyo como que pueda bien beuir: de guisa que non aya que demandar lo ageno: estonce es tenuto en todas guisas, de la dar complida mente. Mas si por aventura non le fincasse de que pudiesse biuir, si lo compliesse, estonce non seria tenuto de cumplir la donacion».

La clave reside en la expresión «e quando la donacion es fecha simplemente por carta, o por palabra, mas non es aun entregado aquel a que la fazen, tenuto es de complir la aquel que la faze, o sus herederos». Con gran lucidez planteó Lacruz Berdejo las dos posibles interpretaciones de esta norma: «la donación a que se refiere este texto puede ser la de una cosa cierta que no se entrega de momento, y entonces se podría pensar en que el mismo contrato transmitiera el dominio del objeto donado, quedando el donante obligado a entregar la posesión del mismo. Mas también cabría

¹⁰⁶ El texto de las Partidas se ha tomado de GREGORIO LÓPEZ, 1555. La STS de 27 de marzo de 1860 (ECLI: ES: TS:1860:22, JC, t. 5, 147; ponente Miguel Osca Guerau de Arellano) afirmó que en caso de divergencia entre la versión de las Partidas de GREGORIO LÓPEZ (de mediados del siglo XVI) y la versión de la Academia de la Historia (de principios del siglo XIX) debía prevalecer la primera, por haberse consultado y aplicado constantemente durante siglos.

entender [...] que el contrato funciona entonces como *titulus adquirendi*, sin virtualidad transmisiva»¹⁰⁷.

Según De los Mozos y de los Mozos, esta disyuntiva estaría planteada de manera incorrecta: el cumplimiento de la entrega derivada de la donación se circunscribiría únicamente a la donación entre ausentes, a la que se refiere la misma ley¹⁰⁸. Evidentemente, a tenor de este planteamiento, la donación en Partidas sería, a salvo de la donación entre ausentes, un contrato real, que se perfeccionaría necesariamente con la entrega de la cosa.

A nuestro entender, para tomar partido resulta imprescindible determinar el origen histórico de las distintas expresiones de P 5.4.4 involucradas en la eficacia traslativa de la donación, puesto que un análisis literal y superficial de la norma resulta inconcluyente, y puede conducir a conclusiones precipitadas, y a la postre, erróneas.

Es cierto que esta ley de Partidas se refería en primer lugar a la donación entre ausentes, cuando afirmaba que «quando aquel que quiere fazer la donacion, es en otra tierra. Ca estonce non la puede fazer si non por carta, o por mensajero cierto, en que le embie a dezir, señaladamente lo que le da». Como demostró Ortuño Sánchez-Pedreño¹⁰⁹, los antecedentes históricos de la norma no ofrecen dudas, a la vista del *Codex* y del *Digesto*. En CI 8.53.6 se disponía lo siguiente: «no se debe dudar, que son válidas también las donaciones entre ausentes, principalmente si aquellos a quienes se hizo la donación adquieren la posesión por voluntad de los donantes». En el mismo sentido, D 39.5.10 decía: «se le puede hacer válidamente donación a un ausente, ora le envíes quien se la lleve, ora mandándole que tenga para sí lo que él mismo tenía; pero si no supiera que le había sido donada la cosa que está en su poder, o si habiéndosele enviado no la hubiere recibido, no se hace dueño de la cosa donada, aunque esta haya sido enviada por medio de un esclavo de aquel a quien se le donaba, a no ser que haya sido dada a su esclavo con la intención de que al punto se haga de él». En cualquier caso, es significativo que en ambos precedentes históricos el donatario ausente no se convertía en dueño en tanto no se produjese la entrega o tradición de la cosa donada, lo que juega en contra de un pretendido efecto traslativo de la donación.

Continuaba la ley de Partidas diciendo que «e quando la donacion es fecha simplemente por carta, o por palabra, mas non es aun entregado aquel a que la fazen, tenuto es de complir la aquel que la

¹⁰⁷ LACRUZ BERDEJO, 1986, p. 123.

¹⁰⁸ DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, 2000, p. 37.

¹⁰⁹ ORTUÑO SÁNCHEZ-PEDREÑO, *REHJ*, 2001, pp. 378-379.

faze, o sus herederos». Ningún rastro de esta regla se encuentra ni en CI 8.53.6, ni en D 39.5.10, que regulaban la donación entre ausentes. Los antecedentes de este fragmento de P 5.4.4 se encuentran en la regulación justiniana de la donación, que la concebía como un contrato al que debía seguir la entrega o tradición para la adquisición del dominio. Así, en CI 8.53.35 se decía que «serán compelidos a entregar las cosas donadas no solamente ellos [los donantes], mientras viven, sino también sus sucesores, no solamente a aquellos a quienes se les hizo la donación, sino también a sus herederos». Este mismo planteamiento fue sostenido por De Molina, quien puso de relieve la correspondencia entre P 5.4.4 y CI 8.53.35¹¹⁰.

La conclusión a la que se llega tras desentrañar los antecedentes históricos de P 5.4.4 es clara: la entrega de la cosa donada no era una consecuencia exclusiva de la donación entre ausentes, sino que constituía una obligación consustancial a toda donación. La transmisión de la obligación de entrega a los herederos del donante confirma que, en las Partidas, la donación estaba regulada en consonancia con la concepción justiniana, pues se exigía en todo caso la entrega o tradición al donatario para que este adquiriese el derecho de propiedad de la cosa donada¹¹¹.

5.5.2 ARGUMENTOS ADICIONALES

Con independencia de los antecedentes de P 5.4.4, existen muchas otras evidencias que justifican que en las Partidas la donación era un simple título para adquirir, cuya mecánica traslativa era igual a la de la compraventa, en consonancia con el modelo justiniano.

a) Inclusión de la donación en el ámbito de aplicación de la teoría del título y el modo.

La recepción de la teoría del título y el modo se aprecia en P 3.28.46¹¹², donde se afirmaba que «apoderan vnos omes a otros en sus cosas vendiendo gelas, o dando gelas en dote, o en otra manera, o cambiando las, o por alguna otra derecha razon. E por-

¹¹⁰ DE MOLINA, 1943, p. 229.

¹¹¹ En el mismo sentido, VALLET DE GOYTISOLO, *ADC*, 1952, p. 1214; DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, *RGLJ*, 1985, p. 724, para quien las Partidas «destacan el carácter meramente obligacional de la donación»; y GUZMÁN BRITO, *RDPUCV*, 2004, p. 218, que aludió al «modelo de las Partidas, que, no bien pálidamente, daban entrada al tipo obligacional». Parece sostenerse el mismo planteamiento en VALVERDE Y VALVERDE, 1920, p. 423.

¹¹² BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, *RDP*, 1967, p. 108; SANTOS BRIZ, 1973, pp. 195-196.

dende dezimos que por tal apoderamiento como este que faga un ome a otro de su cosa, o que lo faga alguno otro por su mandado, que pasa el Señorío dela cosa a aquel a quien apoderasse della».

De esta norma se deduce que para adquirir el dominio por cualquier justa causa (como sin duda alguna lo era la donación), no bastaba con celebrar un contrato, sino que además se exigía el apoderamiento; o lo que es lo mismo, la adquisición de la posesión. Esta conclusión queda reafirmada si se repara que en el prefacio del Título XXX de la Partida Tercera, titulado «En quantas maneras puede ome ganar possession e tenencia delas cosas», se decía con rotundidad que «tal ganancia non se puede fazer a menos que el ome aya la possessio, e la tenencia dellas».

Así las cosas, no debe extrañar que la doctrina más reputada, como por ejemplo De Molina, afirmase que «para adquirir el dominio y, por tanto, un derecho real, no es suficiente que exista la cosa, como es evidente, ni que tengamos un título apto para la transmisión, como una compraventa legítima o una donación u otro semejante, sino que también es necesario que la cosa nos sea transmitida por alguna clase de tradición»¹¹³.

También hay que tener en cuenta P 3.30.8, cuyo título era «Como gana ome la tenencia dela cosa por la carta que le dan della». La ley en cuestión decía: «dando algun ome a otro heredamiento, o otra cosa cualquier, apoderando le delas cartas porque la el ouo, o faziendo otra de nueuo: e dando gela gana la possession, maguer non le apodere dela cosa dada corporalmente». En su glosa, Gregorio López comentó esta ley diciendo que «entregando una carta de compra o donación de una cosa, o haciendo una nueva carta; y entregando tales cartas al comprador o al donatario, se obtiene la posesión por el receptor de la carta»¹¹⁴. La amplia regulación de la *traditio ficta* tiene sentido solo si se parte de la idea de que en las Partidas la adquisición del dominio requería la entrega posesoria tras la celebración de cualquier contrato, como la donación¹¹⁵.

¹¹³ DE MOLINA, 1593, f. 44 («adeò ius in re, nec satis esse rem, cuius dominium sumus comparaturi, existere, ut de se est notissimum; nec insuper habere titulum aptum ad transferendum dominium, qualis esset legitima emptio, vel donatio, aut alius similis; sed ulterius requiri, eandem rem esse nobis traditam genere aliquo traditionum»). Traducción del autor.

Mucho más recientemente, LACRUZ BERDEJO aseveró que «en el Derecho español de la Edad Moderna era principio indiscutido el que las transmisiones derivativas por acto inter vivos tenían lugar mediante un título (contrato) y un modo (tradición o cuasitradición)» (LACRUZ BERDEJO, *RCDI*, 1957, p. 1).

¹¹⁴ GREGORIO LÓPEZ, 1555, f. 173 v. («per traditionem literae emptionis vel donationis rei, vel faciendo literam novam: et tradendo talem literam emptori, vel donatario quae ratur possessio literam recipienti»). Traducción del autor.

¹¹⁵ Muy significativamente, la edición de las Partidas de la Academia de la Historia de 1807 tituló a P 3.30.8 «Cómo gana home la tenencia de la cosa que le dan solamente

Lo expuesto es congruente con P 3.18.67, que, al regular el contenido de la carta de donación, contenía la expresión «e otorgo este que fizo el donadio poderio al otro, a quien lo dio de entrar la tenencia desta casa por si mismo, quando el quisiesse sin otorgamiento de juez, e de otro ome cualquier». La idea de que el donatario debía entrar en posesión de la cosa donada está presente sin duda alguna.

En cualquier caso, a nuestro entender P 3.18.67 no debe ponerse en relación con los requisitos formales que las Partidas exigían para la validez de la donación. En P 5.4.9 se establecía, como regla general, que si el donante «quisiere dar a otro ome, o a otro lugar, puede lo fazer sin carta fasta quinientos maravedis de oro. Mas si quisiere fazer mayor donacion de lo que es sobredicho en esta ley, lo que fuesse dado de mas, non valdria». Por consiguiente, la carta de donación no constituía un requisito formal esencial para toda donación, puesto que solo se exigía la escritura (y la insinuación judicial) cuando la cosa donada tuviese un valor superior a quinientos maravedís. Las donaciones de menor cuantía podían realizarse sin cumplir ningún requisito formal, incluso verbalmente¹¹⁶.

b) Reconocimiento expreso del beneficio de competencia.

En P 5.4.4 también se decía que «si aquel que la donacion ha de cumplir, fuese tan rico, que aya de lo que le fincare, tanto de lo suyo como que pueda bien beuir: de guisa que non aya que demandar lo ageno: estonce es tenuto en todas guisas, de la dar complidamente. Mas si por aventura non le fincasse de que pudiesse biuir, si lo compliesse, estonce non seria tenuto de cumplir la donacion». Se reconocía expresamente lo que con posterioridad se ha denominado beneficio de competencia: un instrumento procesal que establecía un límite a la acción de los acreedores, y que correlativamente aseguraba al deudor la conservación de un patrimonio mínimo necesario para su subsistencia¹¹⁷.

El beneficio de competencia, que permitía al donante eximirse totalmente de su obligación de entregar la cosa donada si no le quedaban bienes suficientes y tenía que recurrir a los bienes ajenos para poder vivir, solo podía tener sentido en una donación obligacional o promisoria, en la que mediase un período de tiempo entre la celebración del contrato y la posterior entrega de la cosa donada. Como señaló Prado Rodríguez, la donación «quedaría condiona-

por el apoderamiento de la carta del donadio». El texto de esta versión de las Partidas se ha tomado de *Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso el Sabio, cotejadas con varios códices antiguos por la Real Academia de la Historia. Tomo II. Partida Segunda y Tercera*, 1807.

¹¹⁶ ÁLVAREZ CORA, 2005, pp. 122-123.

¹¹⁷ ABELENDA, 2010, p. 116-125.

da a su futuro cumplimiento, ya que faltaría la correspondiente entrega material de lo prometido»¹¹⁸. En consecuencia, si la entrega de la cosa donada se había producido al tiempo de perfeccionarse el contrato de donación, ya no era factible la invocación del beneficio de competencia, puesto que no existía ninguna obligación pendiente de cumplimiento.

c) Donación hecha hasta cierto día o tiempo señalado.

Por otro lado, en P 5.4.7, cuyo título era «De la donacion que es fecha a día cierto e a tiempo señalado», se decía:

«Fasta dia cierto, o a tiempo señalado, puede ser fecha la donacion, esto seria, como si dixesse el que la faze a otro alguno, dote tal eredad, o tal cosa, que la labres, e que la esquilmes e te aproueches della, fasta tal dia, o tal tiempo. E de aquel tiempo, en adelante: que la desampares, e que finque a mis erederos: o a otro ome alguno, cualquier que nombrasse, ciertamente a quien fincasse. E por ende dezimos que la donacion que assi fue fecha, valdria fasta aquel día, o aquel tiempo que señaladamente que señalasse el que la fizo. E de aquel dia en adelante ganarian la possession e el señorio della, sus herederos del que ouiesse fecha la donacion, o el otro a quien nombrasse para auer la. E si por auentura, quando fizo la donacion, no señalo en quien fincasse de aquel dia, en adelante, dezimos que la deuen auer, los que heredan los otros bienes, de aquel que fizo la donacion».

Esta norma contemplaba una transmisión automática del dominio a favor del segundo donatario, sin necesidad de entrega posesoria.

Si la donación en las Partidas tenía eficacia dispositiva, sin necesidad de entrega o tradición, cabría esperar que los autores hubiesen destacado que P 5.4.7 era una norma superflua, o que no constituía ninguna especialidad. Sin embargo, la doctrina puso de relieve justamente lo contrario: que esta ley constituía un supuesto anómalo y singular, una excepción a la regla general. Gregorio López, el más reputado glosador de las Partidas, señaló:

«Trae esta ley su origen de la Ley 3 del Codex *De Donationis quoe sub modo*, que según los Doctores no disponía tan latamente como esta; en efecto, de la citada ley del Codex nacía únicamente la acción *ex stipulatu* según unos, y la *condictio ex lege* según otros; en cuanto a la acción real a favor de aquel a quien debía pasar la donación finido el término prefijado no la daba esta ley del Codex así como tampoco disponía que en virtud del mero vencimiento de dicho término se transmitieran la posesión y el dominio;

¹¹⁸ PRADO RODRÍGUEZ, *GLOSSAE*, 2020, p. 659. En el mismo sentido, circunscribiendo la aplicación del beneficio de competencia a las donaciones obligaciones o promisorias, VALLET DE GOYTISOLO, 1952, p. 1216.

todo lo que se halla prevenido por esta ley de Partidas téngase presente, pues es singular [...] es ciertamente extraño que sin tradición alguna se adquirieran la posesión y el dominio por el segundo donatario»¹¹⁹.

d) Donación *mortis causa*.

En P 5.4.11 estaba regulada la donación *mortis causa* de la siguiente manera:

«A las vegadas fazen los omes donaciones, estando cuytados en enfermedades, o teniendo otros peligros de que non cuydauan estorcer: e pordende queremos aqui fablar de las tales donaciones. E dezimos, que la donacion que ome faze de su voluntad, estando enfermo, temiendo se de la muerte, o de otro peligro que vale».

A diferencia de las donaciones *inter vivos*, en las donaciones por causa de muerte la transferencia del dominio se producía sin necesidad de tradición. Así lo destacó Gregorio López: «el dominio pasa sin tradición en caso de muerte»¹²⁰.

5.5.3 CONCLUSIÓN

Todas las circunstancias expuestas sobre las Partidas son sugerentes aisladamente consideradas, pero poseen una fuerza acumulativa innegable, y confirman que dicho cuerpo legal regulaba la donación de conformidad con los principios justinianos; de modo que la donación siempre debía ir seguida de la entrega o tradición de la cosa donada para poder producir la transmisión del dominio.

Ahora bien, si tenemos en cuenta que en P 5.4.9 se exigía escritura para las donaciones cuyo valor excediese de quinientos maravedís, y que según P 3.30.8 la escritura equivalía a la entrega posesoria, en la práctica, en las donaciones de cosas que superasen aquel valor, o en las donaciones de cosas que aun teniendo un valor inferior constasen en escritura, la perfección de la donación coinci-

¹¹⁹ GREGORIO LÓPEZ, 1555, f. 12 («Ortum habet ista lex ab his quae habentur in lex quotiés C. de donaciones quae sub modo, quae secundum doctores ibi non ita latè providebat: sicut hic vides providere istam: nam per illam lex tantum dabatur actio utilis ex stipulatu, secundum unam expositionem, vel conditio ex lege secundum aliam, quòd tamen haberet actionem realem, et quae elapsa die ille in quem post tempus fuit collata donatio effeet dominus, et transfiret in eum dominium, et possessio non fuit prouisum per illam lex sicut per istam ideo tene eam menti quia est valde singularis [...] est nim mirabile quae sine traditione aliqua iste, secundus donatarius adipiscatur possessionem et dominium»). Traducción del autor.

¹²⁰ GREGORIO LÓPEZ, 1555, f. 15 («transeat dominium sine traditione si mortis»). Traducción del autor.

diría con el traspaso de la posesión, y, por ende, con la transferencia del dominio. No obstante, este efecto tenía lugar como consecuencia de la simultaneidad entre la perfección del contrato y la transmisión de la propiedad por efecto de la *traditio ficta* reconocida en las Partidas; pero no porque la normativa reguladora de la donación operase automáticamente la transmisión de la propiedad sin necesidad de entrega posesoria¹²¹.

Así las cosas, parece lógico deducir que las Partidas, en la práctica, conducían a que las donaciones tuviesen eficacia obligacional cuando no constaban en escritura y el valor de la cosa donada no excedía de quinientos maravedís (P 3.30.8 en relación con P 9.4.9)¹²².

5.6 Posiciones doctrinales durante la edad moderna: la ambivalencia de la donación como contrato traslativo y como contrato obligacional

Como es lógico suponer, la tortuosa evolución de la donación a lo largo de la vigencia del Derecho romano, y la aparente disparidad de criterios normativos existentes en el Fuero Juzgo, el Fuero Real y las Partidas en relación con la transmisión del dominio por donación, provocaron que la doctrina de la Edad Moderna no fuese unívoca. Un somero análisis de las opiniones de los autores de esta época permite establecer una división en dos grandes bloques.

5.6.1 PRIMERA POSICIÓN: LA DONACIÓN COMO TÍTULO QUE PRECISABA DE TRADICIÓN

Como destacó Álvarez Cora, la doctrina más autorizada de la Edad Moderna sostuvo que la donación era un contrato consensual, que nacía con el nudo pacto, expresado a través del consentimiento

¹²¹ A esta misma conclusión pareció llegar inicialmente DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, aunque con un razonamiento distinto al aquí expuesto, cuando afirmó que en las Partidas no se regulaba ni la donación traditoria ni la obligacional, «sino simplemente la función traslativa de la donación» (DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, *RDP*, 1971, pp. 809-810). Posteriormente, dicho autor cambió radicalmente de opinión, para pasar a defender, con una argumentación que no se comparte (y que a nuestro entender ha quedado refutada), que las Partidas concebían la donación como «acto de disposición y modo de adquirir», con eficacia siempre dispositiva (DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, 2000, pp. 37-38).

¹²² A esta misma conclusión llegó ATAZ LÓPEZ, cuando afirmó que en la práctica contractual castellana durante los siglos XIII a XVIII se admitía «la fuerza obligatoria de las donaciones promisorias de baja cuantía» (ATAZ LÓPEZ, 2019, p. 71). En el mismo sentido pareció apuntar DURÁN RIVACOBÁ, quien sostuvo que en las Partidas «las formalidades sobre donaciones constituyen más bien un indicio probatorio de la efectiva *traditio* de los bienes si no fueron entregados en mano» (DURÁN RIVACOBÁ, 1995, p. 33).

de donante y donatario, que se cumplía con la entrega de la cosa donada¹²³.

a) La doctrina de Gómez y De Molina.

Resulta indispensable mencionar las obras de Gómez y De Molina, dos de los más brillantes juristas castellanos de la Edad Moderna.

Con elegante prosa, Gómez escribió lo siguiente:

«Tal donación es y se celebra doblemente. De un primer modo, por la tradición de la cosa. De un segundo modo, por una promesa. Por tradición, cuando alguien entrega una cosa suya a otro, por causa de donación, sin preceder ninguna promesa u obligación; porque entonces de inmediato vale y se perfecciona la donación, y se transfiere el dominio y el derecho pleno sobre la cosa al adquirente, en virtud de aquel título y causa de donación. [...] Por promesa, cuando alguno se obliga a dar o entregar alguna cosa por causa de donación a otro. Por la cual causa se requería según el derecho antiguo una solemne estipulación, y tal contrato se celebraba por palabras. [...] Pero hoy también es suficiente un nudo pacto, y así el solo consenso de las partes»¹²⁴.

Por su parte, De Molina, al explicar las concepciones estricta y amplia de contrato, distinguió entre donaciones no contractuales (o reales) y donaciones contractuales (o promisorias):

«Se entiende por contrato en sentido más amplio, pero menos propio, todo pacto que produzca obligación al menos para una de las partes. [...] En esta acepción del contrato, la donación, si se considera desde el momento de la tradición de la cosa donada, no es un contrato, ya que por lo mismo que la cosa se entrega, no hay obligación alguna en justicia, ni de parte del donatario, que la recibió y la acepta, ni de parte del donante, que en adelante no tiene deber alguno. [...] Mas cuando la donación se considera en el momento de la promesa, es un contrato en esta segunda acepción, pues si bien de la promesa aceptada no surge obligación alguna por parte del donatario [...] sí, en cambio, de parte del donante. Pues aunque tal promesa surge por la liberalidad del donante, siendo, por tanto, un acto de liberalidad del promitente, y no de justicia, de ella resulta, no obstante, obligación en justicia, por la cual el pro-

¹²³ ÁLVAREZ CORA, 2005, pp. 117-118.

¹²⁴ GÓMEZ, 1596, f. 261 («et talis donatio fit et celebratur dupliciter. Primo modo, traditione rei. Secundo modo, promissione. Traditione, quando nulla praecedente promissione vel obligatione quis tradit rem suam alteri, causa donationis: quia tunc statim valet, et perficitur donatio, et transit dominium, et plenum ius rei in accipientem ex illo titulo, et causa donationis. (...) Promissione, quando quis se obligavit alteri ex causa donationis dare, vel tradere aliquam rem. Quo casu de iure antiquo requirebatur solemnis stipulatio. (...) Hodie tamen sufficit pactum nudum, et sic fit solo consensu partium»). Traducción del autor.

mitente queda en justicia obligado a cumplir lo que prometió movido por la simple liberalidad»¹²⁵.

Más adelante, el mismo autor señaló una diferencia adicional entre donaciones en sentido estricto (o reales) y donaciones en sentido lato (o promisorias):

«La donación se considera perfecta y toma el carácter de contrato nominado, cuando se celebra la donación de la cosa donada y aceptada, ya sea tradición real o fingida. [...] Por tanto, la donación, tomada en este sentido estricto, se distingue de la promesa aceptada y obligatoria, por cuanto la donación transmite el dominio al donatario, al celebrarse la tradición; mientras que la promesa aceptada solo produce un derecho personal. [...] Por lo cual, si el promitente entrega a otro la cosa prometida, por título gratuito [...] le confiere el dominio, mientras que la persona a quien la hubiere prometido solo tendrá una acción personal para reclamar»¹²⁶.

A pesar de esta distinción teórica entre dos clases de donación, De Molina terminó analizándolas conjuntamente:

«Algunas veces se toma la donación en sentido lato, comprendiendo también la promesa gratuita antes de su cumplimiento. Y del mismo modo que, tratando la promesa, dijimos varias cuestiones relativas a la donación en sentido lato, así también lo haremos ahora»¹²⁷.

Dejando de lado ciertas disquisiciones sobre la teoría del contrato planteadas al albur del estudio de la donación¹²⁸, tanto Gómez como De Molina perfilaron correctamente los conceptos de donación real o traslativa, de un lado, y donación obligacional o promisorias, de otro, fundamentando la distinción en función de si la entrega de la cosa donada se producía al tiempo de la perfección de la donación o en un momento posterior. Lo relevante es que sus planteamientos eran congruentes con la mecánica traslativa de la donación tal y como estaba regulada en el derecho justiniano, plasmada en las Partidas.

b) Diferencias entre las donaciones reales y las donaciones promisorias

¹²⁵ DE MOLINA, 1943, pp. 200-201.

¹²⁶ DE MOLINA, 1943, pp. 393-394.

¹²⁷ DE MOLINA, 1943, p. 394.

¹²⁸ Al leer las reflexiones de DE MOLINA sobre la noción estricta y amplia de contrato, así como sobre la noción estricta y lata de donación, no se puede evitar pensar que seguramente hubiese resultado más sencillo distinguir entre negocios unilaterales y negocios bilaterales, de un lado, y entre contratos reales y consensuales, de otro. No obstante, teniendo en cuenta que la teoría general del negocio jurídico no se esbozó hasta finales del siglo XIX, y que no fue desarrollada por la doctrina española hasta el siglo XX, la clasificación planteada por DE MOLINA es muy reseñable.

Como es lógico, al admitir los autores que la entrega o tradición en la donación podía producirse al perfeccionarse la donación o en un momento posterior, establecieron las principales diferencias que cabía apreciar en relación con el régimen jurídico de ambos supuestos. A tal efecto, aludieron a las donaciones reales (o dispositivas) y a las donaciones promisorias (u obligacionales).

En este punto, nos limitaremos a reproducir en lo esencial la brillante exposición que en su día realizó Vallet de Goytisolo¹²⁹, ya que un estudio en profundidad de la doctrina castellana de la Edad Moderna sobre el particular excedería del objeto y propósito de este estudio.

Las principales diferencias que cabe destacar son las siguientes:

– Las donaciones reales comportaban la transmisión del dominio, mientras que las donaciones promisorias no lo hacían, ya que generaban un derecho personal (*ius ad rem*) a favor del donatario.

– En las donaciones reales, la entrega inmediata de la cosa impedía que pudiesen tener por objeto los bienes futuros. Sin embargo, en las donaciones promisorias, los bienes futuros podían ser objeto de una donación.

– En una donación real, el donante no respondía por evicción. Por el contrario, se entendía que el donante sí que debía responder por evicción en una donación promisoria, aunque existían discrepancias entre los autores sobre el alcance de la obligación de saneamiento.

– Una donación real solo podía revocarse por ciertas causas tasadas: la superveniencia de hijos legítimos, la inoficiosidad por vulneración de las legítimas, la ingratitud del donatario y el incumplimiento de la carga o gravamen impuesta al donatario. En cambio, las donaciones promisorias también podían ser revocadas en virtud del beneficio de competencia, si el cumplimiento de la donación provocaba que el donante cayese en un estado de pobreza¹³⁰.

¹²⁹ VALLET DE GOYTISOLO, *ADC*, 1952, pp. 1215-1216. Sus conclusiones fueron reproducidas en lo esencial en ARJONA GUAJARDO FAJARDO, 1998, pp. 441-442.

¹³⁰ En este punto, procede realizar dos observaciones críticas en relación con la terminología utilizada por VALLET DE GOYTISOLO, quien afirmó que «mientras la donación perfecta solo se podía revocar por las causas concretamente previstas por el Derecho, a la donación promisoria se le añade otra causa: la mutación en el estado de las personas o de las cosas o negocios» (VALLET DE GOYTISOLO, *ADC*, 1952, p. 1216). La primera puntualización es la incorrección de identificar la donación real con la donación perfecta; la donación promisoria también era perfecta, en la medida en que constituía igualmente un contrato perfeccionado. La segunda puntualización es que todas las causas de revocación de las donaciones, tanto reales como promisorias, estaban expresamente reguladas en la ley: superveniencia de hijos legítimos (P 5.4.8), inoficiosidad por vulneración de las legítimas (P 5.4.8), ingratitud del donatario (FR 3.12.1 y P 5.4.10), incumplimiento de la carga o gravamen impuestos al donatario (FR 3.12.1) y beneficio de competencia (P 5.4.4). Por

– Para realizar una donación real, era preciso tener capacidad para disponer, ya que suponía una enajenación inmediata. Sin embargo, para celebrar una donación promisoria era suficiente con tener capacidad para obligarse.

5.6.2 SEGUNDA POSICIÓN: IDENTIFICACIÓN DE LA DONACIÓN CON UNA DACIÓN ACTUAL

Un limitado número de autores de la Edad Moderna defendió que solo cabía hablar de donación cuando hubiese una entrega inmediata de la cosa donada, simultánea a la perfección del contrato. Evidentemente, este planteamiento identificaba el concepto de donación con la modalidad la real o traslativa, negando la donación obligacional o promisoria.

No obstante, en este punto cabe observar diferentes criterios por parte de los autores, dado que sus conclusiones se enmarcaban en dos corrientes de opinión cuyos fundamentos eran bien distintos.

a) La «auténtica donación» congruente con la normativa constantiniana.

El primer exponente de esta corriente de pensamiento fue el romanista Fernández de Retes, para quien el concepto de donación no podía desligarse de un cambio de titularidad. La donación exigía dación inmediata y actual¹³¹. Por ello, admitió las figuras de donación real o dispositiva y donación liberatoria, pero no la donación obligacional o promisoria¹³².

Argumentó a tal efecto que la donación promisoria no era propiamente una donación, sino más bien un contrato de estipulación al que la generosidad proporciona el motivo, pero cuya exigibilidad era consecuencia de la propia estipulación, no de la donación. Además, aseveró que con la mera promesa no se dona, ya que la cosa donada no es entregada y por tanto no hay traslación de la propiedad. Finalmente, adujo que cuando se ejecuta la entrega como consecuencia de una promesa anterior, aquella no se realiza por liberalidad, sino como consecuencia de la obligación que precedió¹³³.

Su concepción restrictiva de donación le condujo incluso a negar que la donación remuneratoria constituyese una auténtica

tanto, es incorrecto aseverar que las causas de revocación de las donaciones reales estaban expresamente reguladas, en contraposición con la revocación basada en el beneficio de competencia, dado que esta última causa de revocación, exclusiva de la donación promisoria, también estaba expresamente contemplada en las Partidas.

¹³¹ FERNÁNDEZ DE RETES, 1666, p. 28.

¹³² FERNÁNDEZ DE RETES, 1666, pp. 53-55; MONTES SALGUERO, 2000, p. 508.

¹³³ FERNÁNDEZ DE RETES, 1666, p. 59.

donación, con el argumento de que tenía como fundamento la gratitud, porque el donante actuaba para beneficiarse y librarse de la obligación, con lo cual no actuaba propiamente con liberalidad¹³⁴.

¿Cuáles fueron las razones que llevaron a este autor a defender un concepto tan estricto de donación? Montes Salguero, quien estudió con detalle la obra de Fernández de Retes, ofreció la siguiente respuesta:

«Cualquier manual de Derecho romano de nuestros días señala la importancia de las reformas justinianas en tema de donación y apenas cita y desde luego subraya poco las normas constantinianas. No es este el criterio de Retes, para quien el eje histórico esencial de la donación romana estuvo constituido por la Lex Cincia y las leyes de Antonino Pio y Constantino, valorando a Justiniano más que por su propia construcción del instituto por el papel que pueda jugar en función de la regulación de Constantino, y en consecuencia, introduce algunas menciones a Justiniano, al concluir su estudio de la constitución de Constantino, señalando brevemente que Justiniano dispuso la no necesidad ni de la redacción por escrito de la donación ni de la tradición o emancipación, pero sí la insinuación o registro en los *gesta municipalia*, que es imprescindible para toda donación que exceda de quinientos sueldos. Sin mayor estudio, añade que Justiniano otorga valor a la simple promesa y da acción para pedir la ejecución»¹³⁵.

Evidentemente, si se parte de la premisa de que el concepto de donación debe ser el propio de la tipificación normativa efectuada en tiempos de Constantino I, la donación se debe identificar necesariamente con una dación o entrega actual, concomitante con la perfección del negocio. Sin embargo, la posterior normativa justiniana permite rebatir los argumentos expuestos por Fernández de Retes:

– La fuerza y exigibilidad de la donación promisoria no descansaba exclusivamente en la estipulación. Era posible una donación obligacional sin estipulación, cuya exigibilidad descansaba en el nudo pacto. El donatario podía compeler la entrega de la cosa donada haciendo uso de la *condictio ex lege* (CI 8.53.35)¹³⁶.

– Justiniano I reconoció expresamente tres categorías de donaciones: reales, promisorias y liberatorias. Negar la segunda con el argumento de que no existe entrega simultánea a la trasmisión de la propiedad, como sucede en la primera, constituye un apriorismo que destila una visión personal contraria a la normativa justiniana, que se desecha.

¹³⁴ FERNÁNDEZ DE RETES, 1666, p. 31.

¹³⁵ MONTES SALGUERO, 2000, p. 506.

¹³⁶ Cfr. *supra*, II.3.

– La alegación de mayor envergadura esgrimida en contra de la donación obligacional es aquella según la cual la entrega al donatario se produce como consecuencia de una obligación precedente, y no por liberalidad. El reparo no es insuperable: en una donación obligacional o promisorias, la liberalidad y la generosidad siempre existen, al menos, en el momento de perfección de la donación. La entrega no es más que la culminación o ejecución de una obligación con causa liberal.

Así las cosas, la posición de Fernández de Retes fue coherente, en la medida en que fundamentó todo su concepto de donación alrededor de la regulación constantiniana. El problema es que tal planteamiento entraba en colisión no solo con la regulación de la donación en tiempos de Justiniano I, sino también con la doctrina del Derecho común y con la regulación de la donación en las Partidas. Por ello, la obra de Fernández de Retes es estimable en tanto que reivindicó la donación tipificada por Constantino I; pero no puede admitirse como un argumento de peso en contra de la donación obligacional en el Derecho castellano, en tanto que prescindió de la regulación de las Partidas, claramente influida por la normativa justiniana. Como se ha puesto de relieve, Fernández de Retes fue «un teórico del Derecho privado, se limita a relatarnos lo que hay en la legislación y aquello que él cree que no coincide con la idea que él ofrece de esa institución»¹³⁷, cuyo objetivo fundamental fue «transmitirnos un concepto particular de donación que sólo en parte se ha implantado en el ámbito del Derecho romano desde sus orígenes hasta el derecho postclásico»¹³⁸.

b) La donación, «contrato maestro gratuito».

Un segundo grupo de autores argumentó que la donación era un contrato real, que se perfeccionaba con la entrega de la cosa donada. Esta postura se fundamentaba en que la compraventa y la donación eran los ‘contratos maestros’ del Derecho civil, y que todos los demás contratos se situaban en una posición subalterna¹³⁹. Dado que la donación era el ‘contrato maestro gratuito’, y los demás contratos gratuitos subalternos eran contratos reales (préstamo, comodato, depósito), la donación también debía ser un contrato real¹⁴⁰.

Exponente de este planteamiento fue Frías de Albornoz, para quien «los Contratos de Prestamo y Empréstido, son Subalternos

¹³⁷ MONTES SALGUERO, 2000, p. 526.

¹³⁸ MONTES SALGUERO, 2000, p. 526.

¹³⁹ ÁLVAREZ CORA, 2005, p. 117.

¹⁴⁰ RODRÍGUEZ PENELAS, 2007, pp. 86, 183-184.

a el Contrato de la Donación»¹⁴¹. En coherencia con ello, describió a la donación como contrato dispositivo: «mediante mi Donación me desapodero de el señorío que tenía en la cosa Donada, y le passo a el Donatario»¹⁴². Al analizar los distintos tipos de donación, aludió a las donaciones por causa de muerte y a las donaciones entre vivos, sin hacer ninguna referencia a la donación promisorias¹⁴³.

En un sentido parecido, García dijo que «la donacion y vendicion son los mas principales de todos los contractos, quantos hasta agora hauemos explicado, y como cabeças de todos ellos, a los quales casi todos los otros se reduzen cada uno en su orden y categoria. Y assi la donacion es cabeça de y medida de todos los contractos a ella subordinados y subjectos»¹⁴⁴. Aclaró que «la donacion tiene por subalternos al emprestido mutuo, y al emprestido conmodato»¹⁴⁵. Y justificó la relación entre donación (principal) y los dos tipos de préstamo (subalternos) de la siguiente manera: «la donacion y sus contractos subaleternos conuienen todos estos en que por todos ellos se da graciosamente alguna cosa y sin interes alguno: pero difieren en esto, que por la donacion se da toda la cosa quanto a la substancia y uso della transfiriendo su dominio en el donatario: mas por el emprestido, assi el mutuo, como el conmodato, no se concede mas del uso tan solamente, hablando de per se, reseruandose el dominio de la cosa emprestada»¹⁴⁶. En coherencia con este planteamiento, definió la donación como «dadiua liberal»¹⁴⁷, y añadió que «dadiua se significa, que por este contracto se transfiere el dominio de la cosa donada en el donatario»¹⁴⁸.

Este planteamiento fue agudamente combatido por Álvarez Cora con las siguientes palabras:

«Si se mira el asunto con mayor detenimiento, es posible percatarse de que la comunión que cobra relieve entre la donación y los contratos reales, germina tal vez desde un rasgo común que no tiene por qué ser la perfección “re”, sino, con mejor razón, la utilidad que a una sola de las partes se deriva de este tipo de contratos, por regla general. El vínculo de todos estos tipos contractuales, subalternos, con el principal tipo de la donación, puede sustentarse, así, sin necesidad de forzar la naturaleza de contrato real que de la donación aspire a predicarse»¹⁴⁹.

¹⁴¹ FRÍAS DE ALBORNOZ, 1573, f. 38 v.

¹⁴² FRÍAS DE ALBORNOZ, 1573, f. 38.

¹⁴³ FRÍAS DE ALBORNOZ, 1573, f. 41.

¹⁴⁴ GARCÍA, 1583, f. 611.

¹⁴⁵ GARCÍA, 1583, f. 612.

¹⁴⁶ GARCÍA, 1583, f. 615.

¹⁴⁷ GARCÍA, 1583, f. 62.

¹⁴⁸ GARCÍA, 1583, f. 64.

¹⁴⁹ ÁLVAREZ CORA, 2005, p. 117.

De hecho, reputada doctrina posterior destacó que la principal característica común que tenían la donación y los demás contratos gratuitos era el beneficio a una sola de las partes. De Asso y del Río y De Manuel y Rodríguez, al clasificar los contratos nominados, dijeron que unos «son de pura gracia, y amor, y otros son en beneficio de ambas partes», para especificar a continuación: «los contratos de gracia, y útiles a una sola parte, cuales son las donaciones, el préstamo, depósito, mutuo y mandato»¹⁵⁰. En congruencia con esta premisa, al analizar los distintos tipos contractuales, vincularon a la donación con los contratos reales poniendo énfasis en el beneficio unilateral: «el primer contrato beneficioso a una sola parte es la donación»¹⁵¹; «el segundo contrato útil a una sola parte es el depósito»¹⁵²; «el tercer contrato útil a una sola parte es el préstamo»¹⁵³; para matizar finalmente que el mandato «puede ser beneficioso a solo el mandante, a un tercero, o bien al mandante juntamente con un tercero»¹⁵⁴.

Así las cosas, pretender defender la naturaleza dispositiva de la donación en su ‘maestría’ respecto a los demás contratos gratuitos no constituye un argumento fundado, puesto que el planteamiento dogmático era desacertado, y además resultaba incongruente con la regulación contenida en las leyes de Castilla.

A mayor abundamiento, no debe perderse de vista que las obras de Frías de Albornoz y de García estuvieron presididas por un carácter más teológico y económico que jurídico, con la finalidad de prevenir las immoralidades, injusticias y fraudes que podían cometer los hombres al contratar¹⁵⁵.

5.7 La interpretación doctrinal de la donación durante el siglo anterior a la entrada en vigor del CC

Dado que las normas alfonsinas estuvieron en vigor durante muchos siglos, resulta de interés conocer cómo se pronunció la doctrina en relación con la eficacia transmisiva de la donación durante los ciento veinticinco años precedentes a la entrada en vigor del CC en 1889. Este análisis permitirá comprobar si los juristas realizaron aportaciones novedosas, o si por el contrario mantuvieron idénticos criterios a los enunciados durante los siglos XVI y XVII.

¹⁵⁰ DE ASSO Y DEL RÍO Y DE MANUEL Y RODRÍGUEZ, 1775, p. 258.

¹⁵¹ DE ASSO Y DEL RÍO Y DE MANUEL Y RODRÍGUEZ, 1775, p. 259.

¹⁵² DE ASSO Y DEL RÍO Y DE MANUEL Y RODRÍGUEZ, 1775, p. 263.

¹⁵³ DE ASSO Y DEL RÍO Y DE MANUEL Y RODRÍGUEZ, 1775, p. 266.

¹⁵⁴ DE ASSO Y DEL RÍO Y DE MANUEL Y RODRÍGUEZ, 1775, p. 285.

¹⁵⁵ RODRÍGUEZ PENELAS, 2007, pp. 395-396, 398-399.

5.7.1 INTERPRETACIÓN DOCTRINAL DURANTE LA SEGUNDA MITAD DEL SIGLO XVIII

A continuación, se analizará el contenido de tres de las obras jurídicas de este período, por ser las de mayor trascendencia y uso en la época.

De Asso y del Río y De Manuel y Rodríguez dijeron que los modos de adquirir el dominio eran la prescripción, la donación y otros contratos¹⁵⁶. Tras reproducir la definición de donación contenida en las Partidas, señalaron que de ella se desprende «un pacto legítimo, por razón del qual se transfiere el dominio de la cosa dada al donatario»¹⁵⁷. Su definición de pacto, que asimilaron al convenio, está presidida por el concepto de obligación¹⁵⁸. A mayor abundamiento, distinguieron el Derecho castellano del aragonés, destacando que «en Aragon se traspasa el dominio por solo contrato celebrado con instrumento, sin entrega alguna; aunque sea donacion»¹⁵⁹. Por ello, parece evidente que no atribuyeron a la donación ningún efecto traslativo sin mediar la entrega o tradición de la cosa donada.

Febrero, en su conocidísima obra *Librería de escribanos*¹⁶⁰, explicó que «donacion es de dos maneras: verbal, y real: la verbal, o imperfecta es la que se hace con palabras sin entregar la cosa donada; y la real, o perfecta [...] es aquella por la qual una persona por su mera liberalidad da a otra dinero, o alaja suya propia. [...] La donacion intervivos es la que el hombre estando bueno sin temor de la muerte, ni de otro peligro, hace al donatario, para que la goze al instante, y se haga dueño de ella»¹⁶¹. Más adelante, asumió con extraordinaria claridad la vigencia de la regulación justinianea:

«El efecto de la donacion intervivos perfecta es, quedar obligado el donante à entregar al donatario la cosa donada, si éste acepta la donacion, aunque sea verbalmente hecha, para lo qual tiene accion contra él. [...] Por derecho antiguo debía intervenir precisamente tradicion de la cosa donada, para que la donacion se perfeccionase, cuyo acto era el unico medio, y modo natural de adquirir el donatario su dominio, por no ser suficiente su consentimiento; hoy nada de esto es necesario, pues basta que manifieste su voluntad, y consentimiento de qualquiera suerte para su perfeccion, sin

¹⁵⁶ DE ASSO Y DEL RÍO Y DE MANUEL Y RODRÍGUEZ, 1775, p. 183.

¹⁵⁷ DE ASSO Y DEL RÍO Y DE MANUEL Y RODRÍGUEZ, 1775, p. 259.

¹⁵⁸ DE ASSO Y DEL RÍO Y DE MANUEL Y RODRÍGUEZ, 1775, p. 255.

¹⁵⁹ DE ASSO Y DEL RÍO Y DE MANUEL Y RODRÍGUEZ, 1775, p. 188.

¹⁶⁰ Sobre sus numerosas ediciones, las posteriores reformulaciones realizadas por otros autores, su ininterrumpida fama y las alegaciones de esta obra ante los Tribunales, *vid.* GIBERT Y SÁNCHEZ DE LA VEGA, *AHDE*, 1998, pp. 593-596.

¹⁶¹ FEBRERO, 1769, p. 352.

que haya tradicion de la cosa donada, ni el donatario estipule que se le ha de entregar, porque en qualquier manera que parezca que uno quiso obligarse á otro, queda obligado; y así lo que antes de la promesa fue voluntario en el donante, se hace forzoso, y obligatorio despues de hecha, y puede ser compelido à cumplirla, si el donatario la acepta»¹⁶².

Pérez y López, en su monumental *Teatro de la Legislación Universal de España e Indias*, dijo que, en la donación, «uno movido solo de su liberalidad da de tal modo que quiere que la cosa se haga al instante del que la recibe, sin que por ningún caso vuelva a su poder»¹⁶³. Continuó afirmando que «es la donación inter vivos, la que con razón llamamos propia, verdadera y absoluta, por nacer de la sola liberalidad del donante, por transferir al instante el dominio en el que recibe, y porque es irrevocable. [...] Recibe toda su perfeccion, y fuerza de la voluntad, y simple consentimiento del donante, y del donatario, de modo, que al instante que el uno ofrece y el otro admite, nace la obligacion, y el donatario tiene accion para repetir la cosa donada»¹⁶⁴. La explicación incluye a la donación dentro del ámbito de aplicación de la teoría del título y modo, sin duda alguna.

5.7.2 INTERPRETACIÓN DOCTRINAL A LO LARGO DEL SIGLO XIX

Para comprobar cómo valoraron los juristas la eficacia transmisiva de la donación durante el siglo XIX hasta la entrada en vigor del CC, resulta ineludible estudiar las principales obras jurídicas de la época. A tal fin, es necesario analizar el contenido de los libros de texto que constituyeron la guía obligada para la docencia y el estudio del Derecho civil en la Universidad española¹⁶⁵, antes del

¹⁶² FEBRERO, 1769, p. 354.

¹⁶³ PÉREZ Y LÓPEZ, 1796, pp. 222-223.

¹⁶⁴ PÉREZ Y LÓPEZ, 1796, p. 223.

¹⁶⁵ La Orden de 5 de octubre de 1802 ordenó el estudio del Derecho civil real imponiendo unos libros de texto obligatorios. La Real Cédula de 5 de julio de 1807 abolió las denominadas 'Universidades menores', e impuso a las once 'Universidades mayores' supervivientes el plan de estudios de la Universidad de Salamanca, que obligaba al estudio del Derecho civil mediante la explicación, lectura y estudio de unas obras tasadas. Tras las turbulencias de la invasión napoleónica y los frustrados proyectos de reforma universitaria del Trienio Liberal, el Real Decreto de 4 de mayo de 1814 restauró el plan de 1807. Los Reales Decretos de 8 y 29 de octubre de 1836, denominados de «Arreglo Provisional para los estudios», no impusieron libros de texto concretos. Sin embargo, el Plan de Estudios aprobado por Real Decreto de 17 de septiembre de 1845 estableció el Consejo de Instrucción Pública, para que informase, respecto de las distintas asignaturas, un listado de obras selectas de entre las cuales el profesor debía elegir aquella que seguiría en sus explicaciones. Dichos listados fueron aprobados por sucesivas disposiciones normativas: Circular de 1 de septiembre de 1846; Instrucción de 8 de septiembre de 1847; Instrucción de 14 de septiembre de 1848; Real Orden de 22 de septiembre de 1849; Real Orden de 25 de septiembre de 1850; Real Orden de 5 de septiembre de 1851; Real Orden de 15 de septiembre

reconocimiento de la libertad de cátedra, que provocó la consiguiente desaparición de los listados de 'obras de referencia'¹⁶⁶. El enfoque es razonable y pragmático, si se repara en que los autores de tales libros de texto fueron, por lo general, algunos de los juristas más renombrados de la época. Además, la influencia de sus obras fue enorme, pues sirvieron como elemento de formación para los juristas del siglo XIX, quienes a la postre acabaron aplicando en la práctica los conocimientos que adquirieron precisamente a través de dichas obras. Con todo, también serán analizadas otras obras jurídicas, que no fueron incluidas en los listados de libros de texto obligatorios para la docencia universitaria, pero que alcanzaron gran difusión entre los operadores jurídicos.

Evidentemente, esta aproximación no permite realizar un estudio de toda la doctrina decimonónica anterior al CC (lo cual, por otra parte, excedería con mucho el objeto de este estudio); pero sí permite determinar con bastante precisión cuál fue el sentir de los juristas de la época inmediatamente anterior a la promulgación del vigente CC de 1889.

Todos estos autores pueden ser clasificados en dos grandes grupos: los que estimaron que la donación era un simple título que requería la tradición de las cosas donadas para operar la transmisión del dominio, y los que conceptualizaron la donación como un contrato real.

a) Primer punto de vista: la donación como título de adquisición.

Sala Bañuls fue poco expresivo. No explicó el concepto de donación, remitiéndose a la definición contenida en las Partidas¹⁶⁷. Sin embargo, todo parece indicar que identificó las donaciones con un título de adquisición, y no con un contrato dispositivo. Dijo que

de 1852; Real Orden de 18 de septiembre de 1853; Real Orden de 13 de octubre de 1854; Real Orden de 1 de octubre de 1855; Real Orden de 13 de septiembre de 1856, cuya vigencia fue prorrogada por el artículo 5 del Real Decreto de 23 de septiembre de 1857; Real Orden de 25 de septiembre de 1858; Real Orden de 15 de octubre de 1861; Real Orden de 31 de agosto de 1864; y Real Orden de 22 de septiembre de 1867. Debe advertirse que en virtud del artículo 86 de la Ley de Instrucción Pública de 9 de septiembre de 1857, conocida como 'Ley Moyano', el listado de libros de textos debía pasar a publicarse cada tres años, y no anualmente, como hasta entonces.

Sobre la docencia en las Facultades de Derecho durante el siglo XIX, son relevantes los siguientes estudios: PESET REIG, *AHDE*, 1968, pp. 229-375; PESET REIG, *AHDE*, 1969, pp. 481-544; PESET REIG, *AHDE*, 1970, pp. 613-652; MARTÍNEZ NEIRA, 2001.

¹⁶⁶ La libertad de cátedra fue instaurada por el Decreto de 21 de octubre de 1868, cuyo artículo 5 disponía que «la enseñanza es libre». En consonancia con ello, el artículo 16 decía que «los Profesores podrán señalar el libro de texto que se halle más en armonía con sus doctrinas y adoptar el método de enseñanza que crean más conveniente»; y el artículo 17 estipulaba que los profesores «quedan relevados de la obligación de presentar el programa de su asignatura». *Vid.* GARCÍA TROBAT, *CIAN*, 1999, pp. 37-58.

¹⁶⁷ SALA BAÑULS, 1820, p. 400.

las donaciones se podían celebrar como todas las obligaciones («acomodables enteramente»)¹⁶⁸, y añadió que «hecha la donacion por palabras, o por carta simplemente, sin haberse entregado la cosa, está obligado a cumplirla el que la hace»¹⁶⁹; de donde se desprende que exigía la entrega de la cosa donada en todo caso. Este planteamiento parece quedar confirmado cuando, al hilo de la tradición, afirmó: «cuando recibimos alguna cosa que nos hace el dueño o su procurador, nacida de un justo título idoneo para transferir el dominio, como venta, dote, permuta u otra semejante, pues con hacernos este entrega o tradición, la adquirimos»¹⁷⁰. Sin embargo, toda posible duda interpretativa parece disiparse si se tiene en cuenta que al comenzar la exposición relativa a las donaciones hizo expresa referencia al Título 7, Libro 2 de la *Instituta*¹⁷¹, que como tantas veces ha quedado apuntado, condensaba el régimen jurídico de la donación justiniana.

Álvarez y Estrada escribió que «la donación en general se divide en una que se hace entre vivos, y otra por causa de muerte. [...] Para entender la diferencia de estas dos donaciones es menester distinguir si uno dona de tal suerte, que transfiera el dominio luego al punto, y solo se reserve la posesion hasta la muerte, o si el donante no transfiere otra cosa que la esperanza, y el dominio hasta despues de su muerte»¹⁷². Aparentemente, este autor pareció aludir a una donación real, con efecto inmediatamente traslativo. Pero no es así; más adelante, al distinguir entre donaciones *inter vivos* y *mortis causa*, puntualizó con extraordinaria claridad: «se diferencian por razon de la traslacion del dominio. La donacion entre vivos es título hábil para transferirlo; pero el título no da sino solo derecho a la cosa, y para tenerlo en la cosa es necesaria la subsiguiente tradicion. Así, pues, no me hago señor de la cosa donada hasta que se verifique la tradicion»¹⁷³. Y remachó: «la donacion entre vivos, como solo da derecho á la cosa, no produce accion real, sino solo personal contra el donante»¹⁷⁴.

Hernández de la Rúa fue extraordinariamente nítido en su exposición. Manifestó que «la donación es un verdadero contrato, porque tiene causa, cual es el consentimiento; y es consensual, porque este solo basta para que quede perfecta. [...] Es donación, la promesa de dar o hacer una cosa gratuitamente, y sin violencia a otro que la acepta. [...] Aun cuando la promesa, y entrega de lo prome-

¹⁶⁸ SALA BAÑULS, 1820, pp. 400-401.

¹⁶⁹ SALA BAÑULS, 1820, p. 401.

¹⁷⁰ SALA BAÑULS, 1820, p. 108.

¹⁷¹ SALA BAÑULS, 1820, p. 399.

¹⁷² ÁLVAREZ Y ESTRADA, 1829, p. 194.

¹⁷³ ÁLVAREZ Y ESTRADA, 1829, p. 197.

¹⁷⁴ ÁLVAREZ Y ESTRADA, 1829, p. 198.

tido, se hiciesen al mismo tiempo, no degenerará por esto de la clase de contratos consensuales; porque solo debe estarse a la época de la perfección, aunque la consumación sea un efecto inmediato»¹⁷⁵.

Aguirre de la Peña y García Goyena dijeron que «en las donaciones el que da se despoja desde luego; su generosidad franca le hace preferir el donatario a si mismo; transmite al instante de la propiedad»¹⁷⁶. Tras transcribir a Febrero, quien había escrito que «el contrato de donación puede celebrarse de dos modos; o con la entrega de la cosa sin preceder promesa, en cuyo caso se transfiere inmediatamente el dominio al donatario, o con la promesa que hace uno de dar a otro cierta cosa, para la cual queda obligado», afirmaron lo siguiente: «ninguna utilidad puede seguirse de esta division o distincion que hace Febrero entre los modos de celebrarse la donacion, porque son comunes a todos los contratos, y la donacion se perfecciona como todos ellos por el solo consentimiento; la entrega de la cosa no es mas que la consecuencia y complemento de la donacion. Entre los romanos antiguamente no había donacion sin la entrega de la cosa, y por esto era uno delos modos de adquirir; pero despues vino a quedar, como hoy entre nosotros, en simple causa o título, porque nacia obligacion desde luego e independientemente de la entrega de la cosa»¹⁷⁷. Por ello, «para que la donacion sea válida y perfecta, no es necesario que vaya acompañada de la entrega de la cosa. [...] La donacion, como todos los contratos y obligaciones convencionales, se perfecciona por el solo consentimiento del donante y donatario»¹⁷⁸.

Romero y Ginzo, partiendo de la premisa de que «no basta el título sin la tradición o modo de adquirir, ni esta sin el título, para adquirir dominio, o derecho in re»¹⁷⁹, manifestó concisamente que «siendo la donación uno de los títulos traslativos de dominio, y productivo de obligaciones, nada mas puesto en orden que hablar de ella entre estos»¹⁸⁰.

Escriche y Martín definió la donación como «la renuncia y traspaso gratuito que hacemos actual e irrevocablemente de una cosa que nos pertenece, a favor de una persona que la acepta»¹⁸¹. No obstante, no concibió este autor la donación como un contrato dispositivo. Por el contrario, señaló que «la donación pura y simple queda perfeccionada por el consentimiento del donador y la acep-

¹⁷⁵ HERNÁNDEZ DE LA RÚA, 1838, p. 142.

¹⁷⁶ AGUIRRE DE LA PEÑA y GARCÍA GOYENA, 1841, p. 171.

¹⁷⁷ AGUIRRE DE LA PEÑA y GARCÍA GOYENA, 1841, p. 172.

¹⁷⁸ AGUIRRE DE LA PEÑA y GARCÍA GOYENA, 1841, p. 174.

¹⁷⁹ ROMERO Y GINZO, 1843, p. 170.

¹⁸⁰ ROMERO Y GINZO, 1843, p. 315.

¹⁸¹ ESCRICHE Y MARTÍN, 1847, p. 650.

tación del donatario, de suerte que aquel puede ser compelido por el donatario y sus herederos a la entrega de la cosa donada»¹⁸². Añadió que «si el donador o el donatario muriere antes de venir el día en que se debía hacer la entrega de la cosa donada, los herederos de aquel tendrán obligación de entregarla a su tiempo, y los de este tendrán derecho de reclamarla del mismo modo»¹⁸³. Y remachó su argumentación con las siguientes palabras: «la donación por causa de muerte se diferencia de la donacion entre vivos en las cosas siguientes: [...] la primera transfiere el dominio de la cosa mediante su entrega; mas la segunda lo transfiere aun sin la entrega, como el legado, luego que el donante fallece de arrepentirse de la donación»¹⁸⁴.

También fue muy clara la posición de Morcillo Ortiz, quien definió a la donación como «contrato unilateral gratuito por el que, una parte se obliga a dar a otra alguna cosa, cuya cosa queda comprometida, desde que sepa el donatario (que es el que recibe) la liberalidad y no la repugne»¹⁸⁵. Su concepción de donación como justo título fue innegable: «la naturaleza de este contrato, es idéntica a la de todos los que producen una verdadera enagenacion o traslación del dominio, supuesto en el que formalmente ofrecio a otro darle una cosa, está tan obligado a entregársela, como aquel que verificó un contrato de venta o permuta»¹⁸⁶.

Del Viso y Año definió la donación como «acto de espontánea liberalidad, por el cual se transfiere desde luego irrevocablemente a una persona el dominio de las cosas donadas»; y añadió que en las donaciones *inter vivos* «se traslada inmediatamente al donatario el dominio de un modo irrevocable»¹⁸⁷. A pesar de ello, esta definición, que encajaría aparentemente con la donación real, constituye solo una de las dos posibles modalidades de donación a las que se refirió: «las hay con entrega inmediata de los bienes y sin ella, aunque en este último caso más bien serán promesas de donar que donaciones»¹⁸⁸. Por añadidura, cuando estableció una clasificación general de los contratos, mencionó entre los reales al mutuo, al comodato, al depósito y a la prenda, pero no a la donación¹⁸⁹, e incluyó expresamente a la donación entre los contratos consensuales¹⁹⁰.

¹⁸² ESCRICHE Y MARTÍN, 1847, p. 650.

¹⁸³ ESCRICHE Y MARTÍN, 1847, p. 650.

¹⁸⁴ ESCRICHE Y MARTÍN, 1847, p. 651.

¹⁸⁵ MORCILLO ORTIZ, 1848, pp. 259-260.

¹⁸⁶ MORCILLO ORTIZ, 1848, p. 260.

¹⁸⁷ DEL VISO Y AÑO, 1857, p. 522.

¹⁸⁸ DEL VISO Y AÑO, 1857, p. 523.

¹⁸⁹ DEL VISO Y AÑO, 1857, p. 20.

¹⁹⁰ DEL VISO Y AÑO, 1857, p. 24.

Sahagún de Marfá y de Quintana fue muy claro: «si la donacion es de las llamadas, entre vivos, no es mas que una convencion que, por sí sola, nunca puede transferir el dominio sino que debe ir acompañada de la tradicion, y entónces se verifica aquel modo derivativo de adquirir, que ya tenemos esplicado, al tratar de la tradicion, esto es, que las convenciones, y en este caso la donacion, son el título, y la tradicion el modo»¹⁹¹.

Para Domingo de Morató, solo había cuatro contratos reales: mutuo, comodato, depósito y prenda¹⁹². «Las donaciones propias o entre vivos son verdaderas convenciones que están sujetas en general a las reglas de estas: y se habrán de reputar contratos en sentido riguroso siempre que vayan acompañadas de la entrega actual o presente del objeto de la donacion, o bien meras promesas de donacion, cuando no haya en ellas más que el simple consentimiento»¹⁹³. Pero de sus palabras no cabe entender que esté aludiendo a dos donaciones diferentes, sino a una única donación cuyos efectos varían en función de si la entrega es actual o diferida, ya que en el primer caso el donatario se convierte en propietario, mientras que en el segundo caso el donatario es titular de una acción personal tendente a cumplir con la entrega de la cosa donada: «las acciones que la ley concede para hacer efectiva una donación entre vivos son la llamada *condictio ex lege* si solo medio una promesa sin solemnidad alguna de derecho; y si se hizo por medio de estipulacion la *accion ex stipulatu*, cuyo efecto es igual; y consisten simplemente en pedir por ellas el cumplimiento de lo prometido. Ahora si la donacion hubiese sido hecha con entrega presente del objeto de la misma, es evidente que produciría en favor del donatario la accion reivindicatoria contra cualquier poseedor de la cosa donada»¹⁹⁴.

Gutiérrez Fernández clasificó a la donación entre los contratos verbales, a los que calificó como «una nueva especie de contratos consensuales»¹⁹⁵. Aunque dijo que «el donante se despoja irrevocablemente de la cosa para enriquecer con ella al donatario»¹⁹⁶, y que «las que se hacen sin entrega de presente son más bien promesas de donar que donaciones»¹⁹⁷, de la atenta lectura de su obra se desprende, indudablemente, que la entrega no era un requisito constitutivo del contrato, sino para su cumplimiento: «la donación produce un vínculo de derecho, en cuya virtud el donante está obli-

¹⁹¹ SAHAGÚN DE MARFÁ Y DE QUINTANA, 1857, p. 229.

¹⁹² DOMINGO DE MORATÓ, 1868, p. 329.

¹⁹³ DOMINGO DE MORATÓ, 1868, pp. 462-463.

¹⁹⁴ DOMINGO DE MORATÓ, 1868, pp. 466-467.

¹⁹⁵ GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, 1869, pp. 1-2.

¹⁹⁶ GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, 1869, p. 78.

¹⁹⁷ GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, 1869, p. 79.

gado a desapoderarse de la cosa y entregarla al donatario»¹⁹⁸, ya que «hecha la donación simplemente por palabras o por cartas, mas sin haber entregado la cosa, el donante está obligado a cumplirla y por su muerte sus herederos»¹⁹⁹. En contraposición a la doctrina general, destacó la singularidad de la donación hecha a día cierto o tiempo señalado (P 5.4.7), en la que «por la conclusión del término la posesión y el señorío de la cosa o a los herederos del donante o a la persona que indicó para recibirla»²⁰⁰.

Gómez de la Serna y Montalbán Hernanz escribieron que las donaciones «requieren para quedar perfeccionadas el consentimiento del donante y donatario, siendo por consiguiente títulos para adquirir que deben ser seguidos de la tradición que hace al donatario el dueño de la cosa»²⁰¹. Por tanto, situaron a la donación dentro del ámbito de aplicación de la teoría del título y el modo, como cualquier otro contrato traslativo de dominio.

Falcón y Ozcoidi dijo que «la donación es un título traslativo de dominio»²⁰². En cuanto a sus efectos, «como título traslativo de dominio, transfiere al donatario la propiedad de las cosas donadas. Mas es necesario que las cosas se hayan entregado por el donante: si no se han entregado, el donatario que tiene ya un derecho real, puede exigir el cumplimiento de lo pactado, reivindicando las cosas con los frutos y aumentos que hayan producido. En nuestro derecho no es necesario, como en el romano, que se verifique la tradición, para que el contrato esté perfeccionado. El contrato se perfecciona tan solo por el consentimiento»²⁰³. Sin perjuicio de que en esta exposición existen dos expresiones técnicamente inadecuadas (debería de haber escrito derecho a la cosa en lugar de derecho real, y reclamar las cosas en lugar de reivindicarlas), es evidente que este autor defendía que la entrega de la cosa donada era necesaria para adquirir su propiedad. Solo así cabe entender que sostuviese que «todas las cosas, así presentes como futuras, todos los derechos, así perfectos como dudosos, pueden ser materia de una donación»²⁰⁴.

Navarro Amandi escribió que «donación, es un acto de espontánea liberalidad por el cual se transfiere al donatario la propiedad de las cosas donadas»²⁰⁵, y que «el donante se despoja de una cosa gratuitamente y en servicio de otra persona que recibe el nombre de

¹⁹⁸ GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, 1869, p. 80.

¹⁹⁹ GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, 1869, p. 85.

²⁰⁰ GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, 1869, p. 89.

²⁰¹ GÓMEZ DE LA SERNA Y MONTALBÁN HERNANZ, 1872, p. 410.

²⁰² FALCÓN Y OZCOIDI, 1878, p. 685.

²⁰³ FALCÓN Y OZCOIDI, 1878, pp. 690-691.

²⁰⁴ FALCÓN Y OZCOIDI, 1878, p. 688.

²⁰⁵ NAVARRO AMANDI, 1880, p. 635.

donatario»²⁰⁶. Sin embargo, también dijo que «la donación queda perfeccionada por la aceptación del donatario»²⁰⁷, así como que «cuando la donación se hace simplemente por carta o por palabra, no entregándose al donatario la cosa, está obligado a cumplirla el donante o sus herederos. [...] Verificada la donación sin mediar la entrega, debe el donante hacerla, y sino, sus herederos»²⁰⁸. Por consiguiente, reconoció el carácter consensual de la donación, así como que el donante o sus herederos debían entregar la cosa donada.

Por lo que se refiere a Sánchez Román, al abordar la consumación del contrato de donación, distinguió el cumplimiento normal o extrajudicial (que se producía «por la entrega de la cosa donada al donatario»²⁰⁹), del cumplimiento anormal o judicial, destacando que en este segundo supuesto «nace de este contrato una acción personal á favor del donatario para exigir del donante ó sus herederos la entrega de la cosa donada»²¹⁰. De nuevo se inserta la donación en el ámbito de la doctrina del título y el modo.

b) Segundo punto de vista: la donación como dación actual.

Parece adscribirse a este segundo punto de vista Álvarez Martínez, quien señaló que la donación era un título hábil traslativo de dominio²¹¹, al igual que la sucesión y los contratos²¹²; con lo que pareció sostener que la donación no era un contrato. Aun cuando este autor fue escueto, sus palabras parecen congruentes con una dación inmediata, y no con una obligación de entrega: «la donación es un acto por el que uno se desprende de presente de una manera irrevocable de una cosa que le pertenece, a favor de un tercero que la acepta. [...] Supone un acto de liberalidad y de desprendimiento de parte del que la hace»²¹³.

En la misma línea, Ortiz de Zúñiga Montemayor escribió: «donacion es una dádiva o liberalidad que se hace a otro. Puede hacerse por testamento, o como suele decirse *mortis causa*, en cuyo caso no tiene efecto hasta despues de haber fallecido el donante; y también *inter vivos*, es decir, sin atenderse al testamento ni a la muerte del que la hace, y entonces se ejecuta inmediatamente que se otorga, pasando al donatario el dominio de la cosa donada»²¹⁴. Este autor fue muy conciso en su explicación, aunque

²⁰⁶ NAVARRO AMANDI, 1880, p. 636.

²⁰⁷ NAVARRO AMANDI, 1880, p. 638.

²⁰⁸ NAVARRO AMANDI, 1880, p. 639.

²⁰⁹ SÁNCHEZ ROMÁN, 1888-1889, p. 680.

²¹⁰ SÁNCHEZ ROMÁN, 1888-1889, p. 680.

²¹¹ ÁLVAREZ MARTÍNEZ, 1840, pp. 139, 157.

²¹² ÁLVAREZ MARTÍNEZ, 1840, p. 139.

²¹³ ÁLVAREZ MARTÍNEZ, 1840, p. 157.

²¹⁴ ORTIZ DE ZÚÑIGA MONTEMAYOR, 1841, pp. 176-177.

es patente la ausencia de toda mención a una obligación de entrega a cargo del donante.

c) Valoración de la doctrina de finales del siglo XVIII y del siglo XIX anterior al CC.

El análisis de las principales obras jurídicas del período analizado permite alcanzar una clara conclusión: la doctrina sostuvo de manera abrumadoramente mayoritaria que la donación precisaba de la tradición para que el donatario adquiriese la propiedad de los bienes donados. Tal planteamiento era coherente con la regulación de la donación en las Partidas, cuyo contenido coincidía sustancialmente con la donación justiniana.

Es llamativo cómo muchos de estos autores, al definir a la donación, parecieron hacer referencia a un contrato dispositivo o real, utilizando términos tales como: *la cosa se haga al instante del que la recibe, goce al instante, acto, traspaso, transferencia al punto, traspaso actual, transferencia desde luego, traslación inmediata, despojo o transferencia de propiedad*. Sin embargo, esa mera apariencia no se compadece en absoluto con las explicaciones que ofrecieron sobre la mecánica transmisiva de la donación, a la que situaron indudablemente dentro del ámbito de la teoría del título y el modo. Es posible que sus definiciones estuvieran influidas por la doctrina francesa de la época, que cristalizó en la definición del artículo 894 del *Code* francés de 1804: «la donación entre vivos es un acto por el cual el donante se desprende actual e irrevocablemente de la cosa donada, en favor del donatario que la acepta»²¹⁵. Estos autores consideraron a la donación como simple título de adquisición, que podía desplegar efectos inmediatamente traslativos u obligacionales en función de si la cosa donada se entregaba en el momento de celebración del contrato (mediante tradición material o ficticia) o en un momento posterior; pero en ningún caso afirmaron que la perfección de la donación produjese automáticamente la transmisión del dominio al donatario, sin mediar entrega.

Solamente Álvarez Martínez y Ortiz de Zúñiga Montemayor parecieron referirse a la donación como un contrato real. Ciertamente fueron juristas de gran renombre en su época: ambos fueron Ministros y Magistrados del Tribunal Supremo²¹⁶. Sin embargo,

²¹⁵ «La donation entre-vifs est un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée, en faveur du donataire qui l'accepte». El texto del Código Civil francés ha sido tomado de *Code Civile des Français*, 1804.

²¹⁶ Sus biografías, disponibles en la página web de la Real Academia de la Historia, evidencian que fueron juristas y políticos de gran talla y relevancia: <https://dbe.rah.es/biografias/9367/cirilo-alvarez-martinez> y <https://dbe.rah.es/biografias/14095/manuel-ortiz-de-zuniga-montemayor>.

sus producciones científicas fueron bastante escuetas, y no se extendieron en su argumentación lo suficiente como para poder determinar sin ningún atisbo de duda que consideraron a la donación como un contrato real. Puede que sus definiciones también estuvieran influidas por el *Code* francés, sin que con ello pretendieran poner en cuestión la regulación de la donación plasmada en las Partidas²¹⁷. Ello sería congruente con que la jurisprudencia del siglo XIX, a cuya formación contribuyeron, en ningún caso afirmó que la donación fuese un contrato real²¹⁸.

En todo caso, es importante recalcar que Álvarez Martínez y Ortiz de Zúñiga Montemayor no asumieron la doctrina del *Code* hasta sus últimas consecuencias, puesto que nunca defendieron que el dominio se traspasase consensualmente, por el mero acuerdo de donante y donatario, sin mediar la entrega de la cosa donada.

5.8 La relevancia de la exposición de motivos de la Ley Hipotecaria de 1861

A primera vista, puede sorprender un tanto que se mencione la Ley Hipotecaria de 1861 al hilo de los antecedentes históricos de la donación. Sin embargo, es procedente su inclusión en este lugar, y no dentro del apartado correspondiente a los antecedentes legislativos, dado que constituye una muestra inequívoca del sentir de los jurisconsultos de mitad del siglo XIX sobre la mecánica transmisiva de la donación en el Derecho castellano entonces vigente.

El interés en la Ley Hipotecaria de 1861 no radica en su articulado, sino en su Exposición de Motivos²¹⁹. Al dar cuenta sobre si la inscripción de los actos y contratos traslativos de dominio era constitutiva, o si la inscripción no surtía efectos entre las partes, sino solo frente a terceros, la Comisión redactora expuso lo siguiente:

«Nuestras leyes, siguiendo á las romanas, adoptaron la diferencia entre el título y el modo de adquirir, y establecieron que el título solo produjera accion personal, pero que la propiedad y los demás derechos en la cosa, y por lo tanto, las acciones reales que se dan para reivindicarlos, solo nacieran de la tradicion, ó lo que es lo

²¹⁷ Quizá en el caso de ÁLVAREZ MARTÍNEZ sea posible establecer cierto alejamiento del Derecho castellano y una interpretación del régimen jurídico de la donación más afín al *Code*, en la medida en que su obra ha sido encuadrada dentro de lo que la doctrina ha denominado «traducción cultural» del código napoleónico, esto es, una decidida recepción de los postulados del Derecho francés mediante su inclusión (más o menos oculta) en los tratados jurídicos escritos por autores españoles. *Vid.* PETIT, *ADC*, 2008, pp. 1814-1815.

²¹⁸ *Cfr. infra*, II.5.9.2.

²¹⁹ El texto de la Exposición de Motivos y de la Ley Hipotecaria de 1861 ha sido tomado de *Ley Hipotecaria, Reglamento general para su ejecución é Instrucción sobre la manera de redactar los instrumentos públicos sujetos a registro*, Madrid, 1861.

mismo, de la posesion de las cosas inmuebles. Por consecuencia de este principio, cuando alguno vende á dos la misma cosa, no es su dueño el que primero la compró, sino aquel que tomó de ella posesion. Los romanos, á pesar de haber despojado el derecho antiguo de muchas formas groseras y materiales, creyeron siempre que un acto esterno, público, y que se pudiera apreciar por todos, debia señalar al que era dueño de la cosa inmueble. Este principio dominó tambien en los diferentes Estados que formaron nuestra gran unidad nacional, si se esceptua el reino de Aragon, en el que basta la reduccion de un contrato de enajenacion de inmuebles á escritura pública, para que el dominio ó el derecho real quede en el adquirente».

Los redactores de la Ley Hipotecaria de 1861 consideraron conveniente dejar constancia de que, con la excepción de Aragón²²⁰, en todos²²¹ los antiguos reinos de España, incluida Castilla, tuvo aplicacion la teoría del título y el modo.

Si conforme a la normativa castellana la donación hubiese tenido una mecánica transmisiva distinta a la de los demás contratos traslativos del dominio, se hubiese dejado constancia de ello en la Exposición de Motivos, pues no hubiese tenido sentido manifestar una excepción y dejar de lado otra. Tampoco hubiese sido lógico no expresar una eventual excepción relativa a las transmisiones gratuitas de bienes inmuebles, dado que el artículo 2 de la Ley Hipotecaria de 1861 se refería genéricamente a la inscripción de los «actos traslativos de dominio» y de los «actos ó contratos en cuya virtud se adjudiquen á alguno bienes inmuebles ó derechos reales», sin distinguir entre negocios onerosos y gratuitos²²².

²²⁰ Por lo que respecta a la donación aragonesa, la Observancia 15 del Título *De donationibus* decía: «por costumbre del reino, tan pronto como está otorgado el instrumento sobre donacion ó venta, con testigos y confirmado con fianza, se transfiere el dominio en el donatario, aunque realmente, y de hecho, no se le haya entregado la cosa; y si despues de la donacion, el donante tuviere las cosas donadas y las poseyere, no perjudicará en nada al donatario». El texto ha sido tomado de *Observancias del Reino de Aragon. Vertidas del latín al castellano por los autores del Derecho y jurisprudencia de Aragon en sus relaciones con la legislación de Castilla*, Zaragoza, 1865.

²²¹ La Exposición de Motivos nada dijo sobre el antiguo Reino de Valencia, sin duda como consecuencia de la derogación del derecho autóctono en 1707. En todo caso, resulta destacable que, en el Derecho foral valenciano, con muy contadas excepciones, la propiedad se transmitía consensualmente, sin necesidad de entrega o tradición (GRAULLERA SANZ, 1994, p. 94; PESET REIG, 1995, p. 89). En *Fori VIII-VIII-VI* se establecía lo siguiente: «si alcuna cosa sera venuda, o donada, o scambiada a altre, o per qualque justa raho alienada, de mantinent quela venda sera feyta, o la donacio la senyoria daquella cosa es guanyada a aquell qui la cosa haura comprada, o aquisera donada, o scambiada, o per qualque justa raho la haura: jatsia ço que la cosa corporalment a ell no sia liurada. Car la possessio es de mantinent a ellguanyada. Si donchs primerament altre no pendra aquella possessio, o no la tendra car per lo consentiment que es feyt de les parts la possessio daquella cosa es guanyada a aquell, jatsia ço que de mantinent aquella cosa que es donada, o venuda no sia corporalment liurada». El texto ha sido tomado de *Fori Regni Valentiae*, València, 1547.

²²² En el mismo sentido, MONTERO LEÓN, quien tras reproducir la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 dijo que «no se alude a los títulos de adquisición,

Así las cosas, las manifestaciones de la Comisión redactora en la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 tienen un valor doctrinal innegable, dado que secundaron el parecer casi unánime de la doctrina decimonónica: la donación también precisaba la entrega de los bienes donados para transmitir la propiedad.

5.9 La interpretación jurisprudencial de la donación antes de la entrada en vigor del CC

Una vez analizado el sentir de la doctrina, procede comprobar qué consideración mereció a la jurisprudencia del Tribunal Supremo la eficacia transmisiva de la donación. A continuación, se mencionarán por orden cronológico todas las Sentencias del orden civil dictadas por el Tribunal Supremo a lo largo del siglo XIX en las cuales se expuso de manera explícita o implícita cómo se transmitía el dominio por medio de donación. Este análisis de la jurisprudencia constituye una aproximación inédita al estudio de la eficacia transmisiva de la donación conforme al Derecho castellano. A este respecto, conviene puntualizar que se referirán algunas Sentencias dictadas con posterioridad a la entrada en vigor del CC, debido a que resolvieron recursos de casación fundados en normativa anterior.

5.9.1 ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

La STS de 27 de enero de 1858²²³ confirmó la validez de una donación de la mitad de un premio de lotería realizada a favor del hermano del donante y del comprador del billete, a pesar de que, al tiempo de la donación, el premio constituía una mera expectativa. La donación en cuestión encaja con una donación promisorias u obligacional.

La STS de 26 de marzo de 1858²²⁴ está relacionada con la Sentencia anterior, pues resolvió un pleito seguido entre un donatario del premio de lotería y sus herederos. El Tribunal aludió a la donación en los siguientes términos: «en los autos aparece la verdad

pero es claro que es la entrada en la posesión lo que trans[fi]ere el dominio cualquiera que sea la causa de la adquisición. No se ve que haya que hacer una diferenciación en el caso de adquirir gratuitamente. La adquisición gratuita por título sin entrega, crea una distorsión en el sistema, para el que no existe una adecuada justificación» (MONTERO LEÓN, *RCDI*, 1992, p. 2116).

²²³ ECLI: ES: TS:1858:162, JC, t. 3, 6; ponente Manuel Ortiz de Zúñiga y Montemayor.

²²⁴ ECLI: ES: TS:1858:126, JC, t. 3, 24; ponente Juan Martín Carramolino.

legal de una verdadera donación o promesa de distribuir entre varias personas el premio de un medio billete de la lotería».

La STS de 27 de marzo de 1860²²⁵ reconoció que P 5.4.4 obligaba al donante a realizar la entrega de la cosa donada, sin perjuicio del beneficio de competencia: «la Ley 4.^a, tít. 4.^o, Partida 5.^a hace depender la obligación de entregar lo que se ha donado de que al donante le queden o no bienes suficientes para subsistir». Esta Sentencia demuestra que la obligación del donante de entregar la cosa donada no se circunscribía a la donación celebrada entre ausentes.

Los hechos que dieron lugar a la STS de 21 de marzo de 1863²²⁶ fueron los siguientes: en una escritura, un hijo había asignado a su madre una pensión de 4.400 reales de vellón anuales en concepto de pensión de viudedad mientras permaneciese en dicho estado. La pensión había sido impuesta sobre la renta de los mayorazgos de los que disfrutaba el donante. La viuda y heredera del donante partió la herencia de su difunto esposo sin tener en cuenta dicha donación, y sin pagar la pensión. La donataria interpuso demanda contra la viuda y heredera, solicitando que fuese condenada a pagarle las sucesivas pensiones anuales, así como las adeudadas desde el fallecimiento del donante. El Tribunal Supremo constató que, tras la abolición de los mayorazgos, la naturaleza de la pensión «es el de una simple donación, que aceptada por el donatario produce de lleno todos los efectos civiles y se hace extensiva a los herederos». Por ello, confirmó la obligación de pago impuesta a la viuda y heredera del donante. Obviamente, la Sentencia constata el carácter personal de la obligación de entregar la cosa donada y su transmisibilidad a los herederos, tanto del donante como del donatario.

La STS de 11 de marzo de 1864²²⁷ destacó que en las donaciones *mortis causa* la transmisión del dominio se producía automáticamente con la muerte del donante, sin necesidad de tradición: «las donaciones por causa de muerte según las leyes 11, tit. 4.^o, Partida 5.^a y 6.^a, tít. 12, libro 3.^o del Fuero Real, sea 1.^a, tít. 7.^o, libro 10 de la Novísima Recopilación, son aquellas que a las veces facen los homes... estando cuytados en enfermedades, o teniendo otros peligros de que non cuy daban estorcer, trasmitiendo gratuitamente y como por vía de manda alguna cosa de su propiedad en favor de otro para después de su fallecimiento; acto unilateral, revocable por su naturaleza, sin que por lo tanto necesite para su validez la aceptación del donatario, a quien se trasfiere el dominio de la cosa

²²⁵ ECLI: ES: TS:1860:22; JC, t. 5, 147; ponente Miguel Osca Guerau de Arellano.

²²⁶ ECLI: ES: TS:1863:361; JC, t. 8, 74; ponente Pablo Jiménez de Palacio.

²²⁷ ECLI: ES: TS:1864:542; JC, t. 9, 68; ponente Tomás Huet y Allier.

donada, aun sin la entrega, luego que el donante premuere no arrepintiéndose de la donación». Más adelante se insiste en la misma idea: «donacion por causa de muerte, en virtud de la cual se trasfirió al donatario el dominio de la cosa». El hecho de que se destacase esta circunstancia apunta a una mecánica traslativa distinta a la de la donación *inter vivos*.

La STS de 6 de noviembre de 1866²²⁸ dijo que «si bien la insinuacion se hizo por los herederos de la donataria, en virtud de la facultad que le concedió la donante, esto no vicia la donacion, por cuanto siendo un derecho, es incuestionable su transmisión a aquellos». Para las donaciones cuyo valor excediese de quinientos maravedís, P 5.4.9 exigía que la donación constase en escritura y que fuese insinuada ante el Juez. En el supuesto examinado, habían fallecido tanto la donante como la donataria, a pesar de lo cual se reconoció la validez de la insinuación aprobada a instancias de los herederos de la segunda. Que la Sentencia calificase a la donación como derecho, y que aceptase la insinuación aprobada a instancias de los herederos de la donataria, constituye una clara evidencia de que la donación no operaba la transmisión de la propiedad por sí misma; de lo contrario, no hubiese tenido sentido el reconocimiento de tal derecho personal, ni la insinuación de la donación tras el fallecimiento de la donante y de la donataria.

La STS de 19 de mayo de 1881²²⁹ dijo que «las donaciones entre vivos se consideran perfectas y consumadas, y por lo tanto hecha la entrega al donatario de los bienes, cuando el donante se reserva el usufructo de los mismos». Esta Sentencia estimó un recurso de casación fundado en Derecho foral catalán, en el que se habían citado como infringidas las leyes 28 y 35 del Título *De Donationibus* del *Codex* de Justiniano. No obstante, si la solución hubiese sido distinta en aplicación de la legislación castellana, lo lógico hubiese sido que el Tribunal lo pusiese de manifiesto, como habitualmente se hacía en la jurisprudencia de la época²³⁰.

²²⁸ JC, t. 14, 399; ponente Eusebio Morales Puidebán. Esta Sentencia no consta en la base de datos del Consejo General del Poder Judicial (CENDOJ).

²²⁹ ECLI: ES: TS:1881:200, JC, t. 46, 238; ponente Benito de Ulloa y Rey.

²³⁰ Al resolver recursos relativos a Derechos forales, el Tribunal Supremo solía hacer alusión al Derecho castellano para resaltar sus diferencias. A modo de ejemplo, la STS de 21 de noviembre de 1867 (ECLI: ES: TS:1867:24, JC, t. 16, 325; ponente Buenaventura Alvarado y Sotomayor) había señalado que «las donaciones no necesitan para su validez de la insinuación judicial sino cuando son puras o simples y esceden de 300 ducados en Navarra, y de 500 mrs. de oro en Castilla, según la legislación respectiva». En ocasiones, incluso, se aprovechaban las Sentencias para mencionar las coincidencias entre las distintas legislaciones forales. Así, en la STS de 15 de febrero de 1884 (ECLI: ES: TS:1884:144, JC, t. 54, 60; ponente Ricardo Díaz de Rueda) se indicó que «la insinuación es solamente necesaria en las donaciones puras y simples que excedan de la tasa legal, cuya doctrina es lo mismo en Navarra que en Cataluña puesto que en ambos territorios rige el Derecho romano como supletorio de la legislación especial».

La STS de 5 de noviembre de 1881²³¹ analizó un curioso caso de donación de acciones del Banco de España, realizadas por una viuda a favor de su sobrino. A los pocos días de que la donante contrajese segundo matrimonio, su esposo interpuso una demanda en la que solicitó la nulidad de la donación en todo lo que excediese de quinientos maravedís, debido a que no constaba en escritura pública y no había sido insinuada, conforme se exigía en P 5.4.9. La Sentencia de apelación había revocado la del Juzgado, y estimando la demanda, había declarado la nulidad de la donación en lo que excedía a quinientos maravedís, con la consiguiente restitución de las acciones correspondientes al exceso. En el recurso de casación, la representación del donatario insistió en que la donación de las acciones se había realizado de conformidad con la normativa del Banco de España, y que por tanto no podía ser acogida la pretensión de nulidad de la donación. El Tribunal Supremo dijo que una cosa era la transferencia realizada por la donante en las dependencias del Banco con la intervención de un agente de bolsa, que calificó como la «operación» o «medio de realizar la donación», y que cosa bien distinta era la nulidad parcial de la donación por defectos formales, por inexistencia de escritura y falta de insinuación. Por tanto, en la argumentación del Tribunal subyace la distinción entre la consumación de la donación (producida con la entrega o tradición de las acciones, que había sido realizada de conformidad con las disposiciones legales y reglamentarias del Banco de España) y los requisitos formales de la donación.

La STS de 30 de abril de 1885²³² desestimó un recurso de casación que se había fundamentado en P 5.4.4, y confirmó la desestimación de una tercería de mejor derecho, con el argumento de que «en las promesas de donación hechas con condiciones suspensivas no viene el día de reclamar mientras no se realizan los hechos que las determinan». Adviértase que el Tribunal no dijo que al cumplirse la condición se consume la donación, ni que se produzca la transmisión del dominio, sino que cuando se cumple la condición el donatario tiene derecho a exigir la entrega de la cosa donada. La conceptualización del derecho del donatario como un crédito es patente.

La STS de 29 de enero de 1886²³³, dictada al resolver un recurso de Derecho foral catalán, señaló que «la donación hecha el 22 de febrero de 1864 por D. Salvador Banús a su mujer Doña María Carbonell de las fincas que componían el manso y heredad de

²³¹ JC, t. 47, 422; ponente Benito de Ulloa y Rey. Esta Sentencia no consta en la base de datos del Consejo General del Poder Judicial (CENDOJ).

²³² ECLI: ES: TS:1885:526, JC, t. 57, 190; ponente Ricardo Díaz de Rueda.

²³³ ECLI: ES: TS:1886:278, JC, t. 59, 32; ponente Raimundo Fernández Cuesta.

Banús, fue con el carácter de *inter vivos* y bajo la reserva de usufructo, por cuya circunstancia debe tenerse por consumada porque esta reserva produce los efectos de la tradición según lo dispuesto en las leyes 28 y 35, párrafo quinto, *Codicis De Donationibus*». El Tribunal tampoco realizó ninguna manifestación sobre una eventual discordancia con el Derecho castellano.

La STS de 16 de enero de 1888²³⁴ confirmó la condena impuesta al administrador de una herencia, consistente en la devolución al caudal hereditario de ciertos valores de los cuales se había apropiado injustificadamente. Se había cuestionado en el procedimiento si el albacea había adquirido dichos valores por donación. El Tribunal dijo que «no se ha probado que D. Manuel Mayo se desprendiera de los valores por un título traslativo de dominio en favor de D. Gregorio Ángulo», y añadió que «no hubo donación ni otro acto traslativo del dominio por parte de Mayo, por no tener este carácter el simple endoso que no es por efecto de valor recibido, y por no haberse explicado de otro modo la tenencia de los títulos en cuestión por el recurrente antes de entrar en sus funciones de albacea». La Sala calificó a la donación como un posible título traslativo de la propiedad, en virtud del cual el albacea podría haber justificado la posesión de los valores. Obviamente, a tenor del fallo del Tribunal Supremo, el albacea no logró acreditar la existencia de ninguna donación. En todo caso, la calificación de la donación como título o acto traslativo de dominio sitúa a donación dentro del ámbito de aplicación de la teoría del título y el modo.

La STS de 28 de enero de 1898²³⁵ confirmó la existencia de una donación *inter vivos* con efectos *post mortem* con el siguiente razonamiento:

«Lo que diferencia la donación *inter vivos* de la donación *mortis causa*, es que esta se hace como su nombre indica, por causa de la muerte o de peligro mortal, sin intención de perder el donante la cosa ni su libre disposición en caso de vivir, al igual que sucede en las disposiciones testamentarias, y que tal es la definición contenida en las leyes de la Instituta y del Digesto, y en la Ley 11, tít. 4.º, Partida 5.ª, citadas en el primer motivo del recurso, lo mismo que en el artículo 620 del Código civil, al determinar que las donaciones que se rigen por las reglas de la sucesión testamentaria son las que producen sus efectos por muerte del donante; y que las donaciones *inter vivos* son las que se hacen sin esta consideración, por pura bondad del donante y merecimiento del que recibe, aunque la cosa no se entregue de momento, o se reserve la entrega *post mortem*, lo cual constituye una simple modalidad que no cambia la naturaleza del acto, siendo estas donaciones irrevocables, especial-

²³⁴ ECLI: ES: TS:1888:78, JC, t. 63, 22; ponente José de Garnica y Díaz.

²³⁵ ECLI: ES: TS:1898:109, JC t. 83, 44; ponente José de Garnica y Díaz.

mente si no son con postura y con carácter oneroso, con arreglo a las leyes, proemio, 1.^a, 4.^a y 6.^a del título y Partida citados».

Concluyó la Sentencia señalando que la decisión recurrida «se ajusta a las leyes citadas, y que no infringe tampoco, supuesto que fuesen aplicables las leyes del Fuero Real y del Fuero Juzgo, que expresamente establecen, a pesar de lo que se alega en el motivo mencionado, que cuando la donación es perfecta, por reunir las condiciones que las mismas determinan, surte sus efectos aunque la cosa permanezca en poder del donante y éste muera sin haberla entregado». Esta Sentencia es de extraordinario interés. De un lado, dijo que en la donación *inter vivos* la entrega podía producirse con posterioridad al momento de celebración del contrato, con lo que reconoció claramente la existencia de las donaciones obligacionales o promisorias. De otro lado, también afirmó que las donaciones *inter vivos* eran irrevocables, aunque la cosa no se hubiese entregado. El carácter irrevocable de la donación desde el momento de la perfección del contrato, y no desde el momento de la entrega de la cosa, también era congruente con una donación obligacional. Por último, negó que la regulación de la donación en el Fuero Real y en el Fuero Juzgo fuese compatible con una donación real o con eficacia traslativa inmediata, al afirmar expresamente que la donación era perfecta y producía efectos, aunque la cosa permaneciese en poder del donante y este muriese sin haberla entregado. Así las cosas, esta resolución judicial corrobora el punto de vista que se defendió al analizar la regulación de la donación en el Fuero Real²³⁶: sus leyes no estaban orientadas a determinar el efecto traslativo inmediato de la donación, sino a subrayar la irrevocabilidad de la donación; o lo que es lo mismo, a evitar que el donante pretendiese deshacer unilateralmente el contrato antes de entregar la cosa donada.

En la STS de 30 de septiembre de 1898²³⁷ se corroboró la inexistencia de donación, tanto *inter vivos* como *mortis causa*, debido a que no constaba que el supuesto donante hubiese firmado el documento. Lo interesante es que el Tribunal recalcó la falta de la «firma del supuesto donante u obligado», identificando claramente al donante como el obligado a cumplir una prestación.

Finalmente, la STS de 13 de junio de 1900²³⁸ volvió a subrayar las características distintivas de las donaciones *inter vivos* y *mortis causa*, y reiteró que las donaciones *inter vivos* son válidas «aunque la cosa no se entregue, de momento, o se reserve la entrega post

²³⁶ Cfr. *supra*, II.5.3.

²³⁷ ECLI: ES: TS:1898:246, JC, t. 84, 180; ponente Enrique de Illana y Mier.

²³⁸ ECLI: ES: TS:1900:83, JC, t. 90, 18; ponente Pedro Lavín y Olea.

mortem, lo cual constituye una simple modalidad que no cambia la naturaleza del acto». En el caso concreto, la Sala constató lo siguiente:

«La liberalidad consignada en la escritura de 26 de Octubre de 1886, y aceptada por Doña Francisca Lorca, es una donación inter vivos, porque D. Pascual Beta la efectuó, no en consideración a su muerte o hallándose en inminente peligro de perder la vida, sino en sanidad sin manda, para remediar las desgracias y asegurar en parte el porvenir de Doña Francisca, y en compensación o remuneración de los favores que había recibido de personas conjuntas a ella, sin que la circunstancia de que se aplazara la entrega de la cantidad donada al día de la muerte de D. Pascual y la condición pactada en la escritura de que Doña Francisca hubiera de sobrevivirle, impliquen, por tanto, como sostiene el recurrente, la esencia de la donación mortis causa, y menos en la actual, donde el acto revistió los caracteres de un verdadero contrato por la concurrencia y aceptación de la donataria, y en la que se constituyó hipoteca para asegurar el cumplimiento de la obligación en su caso y día; todo lo cual pone de manifiesto el propósito en el donante de comprometerse por modo irrevocable».

Que se determinase la irrevocabilidad de la donación desde el momento de la celebración del contrato, y no desde la entrega de la cosa donada, y que la entrega se calificase expresamente como cumplimiento de una obligación (garantizada incluso con hipoteca), supone un expreso reconocimiento de la donación obligacional.

5.9.2 VALORACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA ANTERIOR AL CC

Un detenido estudio de la jurisprudencia civil del Tribunal Supremo del siglo XIX²³⁹ permite constatar que la donación fue

²³⁹ La consideración de que la donación precisaba la entrega de las cosas donadas para operar la transmisión de la propiedad era evidente no solo en los Considerandos de las Sentencias, sino también en las argumentaciones esgrimidas por los litigantes en los procedimientos judiciales. Valga como ejemplo la STS de 6 de marzo de 1900 (JC, t. 89, 61; ponente Ricardo Gullón e Iglesias). La Corona reivindicó al Ayuntamiento de Placencia la Casa Real situada en dicha localidad, con el argumento de que habría sido donada a su favor a principios del siglo XIX. La pretensión fue desestimada por el Juzgado, decisión que confirmó tanto la Audiencia como el Tribunal Supremo. En la Sentencia consta la argumentación que esgrimió el Abogado del Estado en el recurso de casación interpuesto en defensa de los intereses de la Corona: «á tenor del artículo 1261 del Código Civil, que reproduce la legislación anterior, en todo contrato han de concurrir los tres requisitos esenciales de consentimiento de los contratantes; objeto cierto ó materia del contrato y causa de la obligación que se establezca, y siendo la donación un contrato que se perfecciona por la aceptación, á tenor de los artículos 623 y 629 del referido Código, y la Ley 4.^a, tít. 4.^o, Partida 5.^a, no podía dudarse de la eficacia y validez de la donación de la Casa Real hecha en 1803 á la Corona por el Ayuntamiento y la villa de Placencia, pues según aparecía de los hechos relacionados, habían concurrido en dicho contrato los tres elementos indispensables para su validez, puesto que habiendo quedado perfeccionado por la aceptación consignada en el decreto de 4 de Enero de 1804, en el que había sido aprobada por el Príncipe de

considerada como un título de adquisición, que obligaba a la entrega de los bienes donados, así como que dicha prestación se transmitía tanto a los herederos del donante (obligación) como a los herederos del donatario (derecho de crédito). En la jurisprudencia examinada no existe ningún elemento que permita considerar a la donación como un contrato dispositivo, que transfiriese la propiedad sin la entrega de las cosas donadas; ni tampoco como un contrato real, que exigiese la entrega simultánea de la cosa donada al tiempo de la perfección de la donación.

Este examen confirma que la jurisprudencia fue congruente con los planteamientos de la doctrina jurídica contemporánea, así como que la interpretación expuesta en este estudio sobre la eficacia transmisiva de la donación en la normativa histórica castellana, en consonancia con el modelo de donación justiniana, es correcta.

III. LOS ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DE LA DONACIÓN

1. INTRODUCCIÓN

Una vez examinados los antecedentes históricos, procede adentrarse en el análisis de los antecedentes legislativos. Nuestra atención se va a extender a todo el siglo XIX. Será objeto de estudio la regulación de la donación en los proyectos de CC de 1821, 1836, 1851 y 1869. También se examinarán los proyectos de leyes de bases de 1881 y 1885, la Ley de bases de 1888 y el anteproyecto de CC de 1882-1889. Finalmente, se mencionarán los

la Paz la escritura de obligación que ya lo había sido con anterioridad por el Ayuntamiento en 20 de Marzo de 1803, y apareciendo demostrado el ofrecimiento de levantar de nueva planta el edificio que hoy trataba el Estado de reivindicar, de las sesiones celebradas en 13 de Marzo y 17 de Agosto de 1803 por el Ayuntamiento de Placencia, asistido de los hijosdalgos de la villa, quedaba evidenciada la existencia del contrato de donación y su validez en cuanto al consentimiento expreso de los contratantes y objeto cierto, materia del contrato; y en cuanto á la causa del mismo y liberalidad del donante, resultaba igualmente demostrada del contexto de los documentos citados, según los que, tanto el Ayuntamiento como la villa de Placencia, habían considerado de conveniencia grande la continuación en el país de las Reales Fábricas aun á costa de los sacrificios pecuniarios que había de ocasionar la instalación de aquel servicio público permanente en forma debida y á su coste; que disponiendo la Ley 8.^a, tít. 30, Partida 3.^a, que se tendrá por realizada la entrega de un inmueble cuando sea entregada la escritura por la que se traspasa su propiedad, era indudable que el contrato perfeccionado en 1804 había seguido la entrega de la Casa Real, mediante la de la escritura de 1.^o de Marzo de 1810, confirmando el hecho de la tradición la posesión del edificio en que se hallaba la Corona, cuando en 1815, terminada la guerra de la Independencia, había sido posible la reorganización del servicio instalándose en la Casa Real, que hasta 1867 había ocupado el Cuerpo de Artillería». Esta Sentencia no consta en la base de datos del Consejo General del Poder Judicial (CENDOJ).

debates parlamentarios celebrados entre 1888 y 1889, que revisten una capital importancia.

Esta aproximación permitirá determinar si la codificación situó a la donación dentro del ámbito de aplicación de la teoría del título y el modo, tal y como sucedía en el Derecho castellano, o si por el contrario se optó por otras alternativas normativas.

2. PROYECTO DE CC DE 1821

Este proyecto de CC, que nunca fue terminado y por tanto constituye un texto incompleto, menciona incidentalmente la donación en apenas cuatro artículos²⁴⁰, cuyo contenido no arroja ninguna luz sobre su mecánica transmisiva. Por tanto, no resulta útil a los efectos de este estudio.

3. PROYECTO DE CC DE 1836

El artículo 633 del proyecto de CC de 1836²⁴¹ decía que el derecho de propiedad se podía adquirir, entre otras causas, por entrega legítima. El artículo 698 la definía así: «llámase entrega legítima la que se hace por el dueño u otro autorizado en su nombre, precediendo cualesquiera de los justos títulos capaces de transferir el dominio según las leyes de este Código». El artículo 725 señalaba que «por justo título se entiende cualquiera real y verdadero de aquellos que son traslativos de dominio, como la venta, la donación, etc.». Por su parte, en el artículo 706 se establecía con claridad que «si no se hubiere realizado la entrega de la cosa aun cuando haya sido adquirida por título legítimo, el adquirente no podrá reivindicarla, sino pedir por acción personal que se le entregue, esto es, que el otro contratante cumpla su obligación». En consecuencia, la vigencia de la teoría del título y el modo en el proyecto de 1836 es incuestionable²⁴².

²⁴⁰ Artículo 347, que especificaba que a pesar de que los cónyuges estuviesen separados, subsistían sus obligaciones comunes en relación con las donaciones matrimoniales en favor de los hijos comunes; artículo 374, que aclaraba que el derecho de los padres consistente en la administración y usufructo de los bienes de los hijos se extendía sobre los bienes adquiridos en virtud de donación; artículo 377, que señalaba que era obligación de los padres «promover el establecimiento y colocación de los hijos», entre otras formas, mediante donaciones matrimoniales; y artículo 431, que prohibía a tutores y curadores donar los bienes de los protegidos. El texto del proyecto de 1821 ha sido tomado de LASSO GAITE, 1979.

²⁴¹ El texto del proyecto de 1836 ha sido tomado de LASSO GAITE, 1979.

²⁴² LASSO GAITE destacó que en el Proyecto de 1836 hubo un desligamiento del modelo francés en lo relativo a los modos de adquirir la propiedad, y que «la entrega legítima de las cosas, tradición, merece en el proyecto holgado espacio» (LASSO GAITE, 1978,

Se admitía la tradición real o simbólica (artículos 700 a 703). No obstante, para los bienes inmuebles, el artículo 699 del proyecto exigía la constancia del justo título en escritura pública autorizada por escribano y otorgada en presencia de dos testigos, o bien en instrumento privado hecho a presencia de tres testigos, que debían firmar el documento en unión a los contratantes.

El artículo 1579 definía a la donación de la siguiente manera: «la donación entre vivos es un acto por el cual una persona da a otra irrevocablemente, y a título gratuito, alguna cosa mueble o inmueble». El artículo 1592 añadía que «hecha y aceptada la donación entre vivos es legalmente irrevocable». Se contemplaban reglas especiales para las donaciones de bienes inmuebles: el artículo 1590 decía que «si la donación fuere de bienes raíces deberá registrarse la escritura por donde conste la donación en el registro público»; y el artículo 1591 añadía que «el registro de que trata el artículo anterior es esencial para la validez de las donaciones; cualquiera que tenga interés en ello, podrá oponer en juicio la falta de esta formalidad, y probada que sea, se anulará la donación».

A la vista del contenido del proyecto de CC de 1836, se advierte una clara continuidad con la regulación de las Partidas. A pesar de que era definida como acto, a imitación del *Code* francés, el carácter consensual de la donación era claro, dado que la irrevocabilidad se situaba en el momento de la aceptación de la donación, y no en la entrega de la cosa donada, como cabría esperar en un contrato real. La donación se concebía como un título apto para la adquisición de la propiedad, que se producía con la entrega o tradición. La única novedad destacable de este proyecto en relación con el Derecho castellano afectaba a los requisitos formales. La insinuación desaparecía, y las donaciones de bienes inmuebles requerían escritura pública e inscripción en el registro; no para su eficacia probatoria, sino para su validez²⁴³. En cambio, para las donaciones de bienes muebles existía libertad de forma.

p. 128). En contra, BARÓ PAZOS, para quien el proyecto de 1836 «no acoge la doctrina romana del título y del modo, bastando el consentimiento de los contratantes para que el negocio jurídico surta sus efectos, sin necesidad de proceder a la entrega del bien que se transmite» (BARÓ PAZOS, 2014, p. 75). Sin embargo, tal aseveración, que no fue justificada por su autor, resulta inconciliable con el artículo 706 del proyecto, que con total claridad señalaba que el adquirente que aún no había entrado en posesión del bien no podía reivindicarlo (porque aún no era propietario, escenario que sí se produciría en un sistema consensual de transmisión del dominio), sino que solo podía solicitar la entrega (es decir, exigir el cumplimiento de la obligación) mediante el ejercicio de una acción personal. Cualquier atisbo de transmisión consensual del dominio queda radicalmente descartado. Es más, el mismo autor, en una obra anterior, escribió que a tenor del artículo 698 del proyecto de 1836 se requería «la entrega de la cosa (traditio)» (BARÓ PAZOS, 1993, p. 80), por lo que parece que aquel apunte obedece a un descuido.

²⁴³ SANTOS MORÓN, 1996, pp. 104-105; SERNA VALLEJO, 1996, p. 341.

4. PROYECTO DE CC DE 1851

En el artículo 940 del proyecto de CC de 1851²⁴⁴ fue definida la donación de la siguiente manera: «donación entre vivos es un acto de espontánea liberalidad, por el cual se transfiere desde luego al donatario la propiedad de las cosas donadas». El artículo 945 señalaba que «la donación queda irrevocable desde que el donatario la acepta y se pone la aceptación en conocimiento del donador»; y el artículo 953 *in fine* decía que las donaciones no podían comprender bienes futuros.

En cuanto a los requisitos formales, según el artículo 946, las donaciones debían hacerse en escritura pública; pero como excepción, el artículo 952 establecía que las donaciones de bienes muebles cuyo valor no excediese de cien duros no estaban sujetas a ningún requisito formal, siempre que se produjesen en el mismo acto la aceptación y la tradición de los bienes donados.

El proyecto de 1851 no contenía ningún precepto expreso que dijese cómo se transfería la propiedad por donación²⁴⁵. Sin embargo, no hay duda de que se regulaba una donación que transmitía el dominio con arreglo a un modelo consensual de transmisión del dominio. García Goyena, en sus famosas *Concordancias*²⁴⁶, afirmó con claridad el carácter dispositivo de la donación en el proyecto de 1851: «la donacion entre vivos transfiere al donatario, irrevocablemente y en el acto, la propiedad de los bienes donados, lo que no puede tener lugar en los futuros»²⁴⁷.

Sin duda, la razón del carácter traslativo de la donación radicaba en el artículo 548 del proyecto, que copiando el sistema de transmisión consensual del *Code* francés de 1804, decía que «la propiedad se adquiere por herencia, contrato y prescripción». En coherencia con ello, el artículo 981 del proyecto estipulaba que «la entrega de la cosa no es necesaria para la traslación de la propiedad». García Goyena reconoció abiertamente que esta regla era «enteramente contraria a la máxima Romana y Patria “*Traditione*,

²⁴⁴ El texto del proyecto de 1851 ha sido tomado de LASSO GAITE, 1979.

²⁴⁵ El artículo 938 del *Code* francés de 1804 decía que «la donación debidamente aceptada se perfeccionará por el solo consentimiento de las partes; y la propiedad de los objetos donados se transferirá al donatario, sin necesidad de otra tradición» («la donation dument acceptée sera parfaite par le seul consentement des parties; et la propriété des objets donnés sera transférée au donataire, sans qu'il soit besoin d'autre tradition»). Esta norma no fue incluida en el proyecto de 1851.

²⁴⁶ Según la STS de 11 de noviembre de 1943 (ECLI: ES: TS:1943:184; RJ 1943\1170, ponente José Castán Tobeñas), las *Concordancias* de GARCÍA GOYENA constituyen una fuente de excepción para interpretar el proyecto de CC de 1851: «los Motivos y Comentarios redactados por la Presidencia de la Comisión elaboradora de dicho Proyecto [...] constituían una interpretación moralmente auténtica de su espíritu y disposiciones».

²⁴⁷ GARCÍA GOYENA, 1852 II, p. 299.

non nuda conventione dominium acquiri”. [...] La obligación de entregar la cosa queda perfecta por el solo consentimiento de las partes. No es, pues, necesaria la entrega real para que el acreedor deba ser considerado como propietario desde que el deudor queda obligado a entregarla. Desde entonces asiste al acreedor, no ya un simple derecho a la cosa (*jus ad rem*), sino un derecho de dominio (*jus in re*)»²⁴⁸.

Es patente que el proyecto de 1851 suponía una ruptura radical con la tradición del Derecho castellano²⁴⁹, en el que el dominio se transmitía, también por donación, con arreglo a la teoría del título y el modo²⁵⁰. No en vano, la dependencia y seguidismo respecto del *Code* francés fue una de las principales críticas que se dirigieron contra el proyecto de 1851²⁵¹.

Así las cosas, en el proyecto de CC de 1851, la perfección de la donación, que se producía con la aceptación del donatario y su puesta en conocimiento del donante, determinaba no solo su irrevocabilidad, sino también la transmisión automática del dominio, sin necesidad de la tradición de los bienes donados.

5. PROYECTO DE CC DE 1869

El proyecto de CC de 1869 nunca fue terminado. Solamente mencionaba la donación en tres artículos²⁵², de los cuales no puede

²⁴⁸ GARCÍA GOYENA, 1852 III, pp. 11-12.

²⁴⁹ BARÓ PAZOS, 2014, p. 85: «en un intento de apartarse de la tradición española en este punto coincidente con la doctrina romana, el proyecto como el *Code* no acoge el sistema del título y el modo entre los modos de adquirir la propiedad: los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde ese momento obligan a las partes, sin que se precise la entrega o la *traditio* de la cosa para que se haga efectiva la transmisión de la propiedad entre los contratantes, todo ello en aras de facilitar la transmisión de la propiedad y favorecer la circulación de los bienes. [...] Este sistema supone un cambio sustancial en nuestra legislación, vinculada a la tradición del derecho romano, y resulta evidente que fue el sistema francés de la transmisión consensual el que incluyó en el proyecto de 1851».

²⁵⁰ No debe olvidarse que en el *Febrero* de AGUIRRE DE LA PEÑA y del propio GARCÍA GOYENA, publicado en 1841, apenas once años antes que las *Concordancias*, se decía que «la donacion se perfecciona como todos [los contratos] por el solo consentimiento; la entrega de la cosa no es mas que la consecuencia y complemento de la donacion. Entre los romanos antiguamente no había donacion sin la entrega de la cosa, y por esto era uno de los modos de adquirir; pero despues vino a quedar, como hoy entre nosotros, en simple causa o título, porque nacia obligacion desde luego e independientemente de la entrega de la cosa» (AGUIRRE DE LA PEÑA y GARCÍA GOYENA, 1841, p. 172; cfr. *supra*, II.5.7.2.a). El abandono de la mecánica transmisiva de la donación del Derecho castellano, y su sustitución por un sistema consensual de transmisión del dominio, importado del Derecho francés, es patente.

²⁵¹ LASSO GAITE, 1978, pp. 286, 290.

²⁵² Artículo 191, que decía que los bienes que el hijo adquiriese con el caudal del padre mientras estuviese bajo la patria potestad pertenecían al progenitor en propiedad y en usufructo, sin perjuicio de la facultad que tenía el padre en todo caso de hacer al hijo alguna donación de tales bienes o señalarle alguna parte en sus utilidades; artículo 286, que decía que el tutor necesitaba autorización del consejo de familia para admitir o rechazar

extraerse ninguna conclusión sobre su efecto transmisivo. En consecuencia, nada aporta a este estudio.

6. LA CODIFICACIÓN DE LA DONACIÓN EN EL CC DE 1889

Llegados a este punto, procede analizar cómo fue concebida la donación en las leyes de bases que se redactaron entre 1881 y 1888, en el anteproyecto de CC de 1882-1889, y en los debates parlamentarios que se celebraron en el Senado y en el Congreso de los Diputados, en los que se aludió expresamente al efecto transmisivo de la donación. Constituyen antecedentes legislativos especialmente trascendentes, a la vista de su inmediatez con respecto a la aprobación del CC.

6.1 Proyecto de ley de bases de 1881

El proyecto de ley de bases de 1881²⁵³, impulsado por el Ministro de Gracia y Justicia Alonso Martínez, decía en su artículo 1 que «se autoriza al Gobierno para publicar como ley del Reino el proyecto de CC de 5 de Mayo de 1851, con las modificaciones que el estado actual del país y los adelantos de la ciencia del Derecho aconsejen». La idea inicial era clara: dar fuerza de ley al proyecto de 1851, introduciendo modificaciones mínimas en su articulado. En ninguna de las diecisiete bases que contenía el proyecto de ley se hacía la más mínima mención a la donación, a los contratos o a los modos de adquisición del dominio.

No obstante, de haberse convertido este proyecto en ley, cabe colegir que en el CC resultante la donación hubiese sido un negocio dispositivo, con la eficacia transmisiva consensual característica del *Code* francés de 1804, pues tal era el modelo que contemplaba el proyecto de CC de 1851.

Lo bien cierto es que el proyecto de ley de bases de 1881 fue recibido en las Cortes con bastantes reticencias, y nunca fue aprobado²⁵⁴.

legados o donaciones realizados a favor del menor, así como para repudiar las herencias que se le defiriesen; y artículo 287, que decía que el tutor podía donar o remitir los bienes que perteneciesen al menor que pertenezca al menor, pero que este podría con consentimiento de aquel hacer donaciones por razón de matrimonio si se encontrase en edad apta para contraerlo. El texto del proyecto de 1869 ha sido tomado de LASSO GAITE, 1979.

²⁵³ Presentado a las Cortes por autorización concedida por Real Decreto de 20 de octubre de 1881.

²⁵⁴ LASSO GAITE, 1978, pp. 393-397; BARÓ PAZOS, 1993, pp. 232-233.

6.2 Anteproyecto de CC de 1882-1889

El anteproyecto de 1882-1889 constituye el antecedente directo e inmediato del vigente CC de 1889. La doctrina que lo ha estudiado ha determinado que los Libros I y II del anteproyecto fueron redactados discontinuamente entre 1882 y 1888²⁵⁵.

6.2.1 DEFINICIÓN Y CARACTERES DE LA DONACIÓN

El artículo 606 del anteproyecto²⁵⁶ decía que la propiedad se podía adquirir por ocupación, donación, sucesión testada e intestada, por efecto de los contratos y por medio de la prescripción. Por su parte, el artículo 615 definía a la donación de la siguiente manera: «donación es un acto de liberalidad, por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra, que la acepta».

El artículo 621 del anteproyecto decía que «podrán hacer donación todos los que puedan contratar y disponer de sus bienes»; en tanto que el artículo 634 disponía que «la donación no podrá comprender bienes futuros».

En cuanto a la forma, el artículo 627 regulaba los requisitos para las donaciones de bienes muebles: «la donación de cosa mueble podrá hacerse verbalmente o por escrito. La verbal requiere la entrega simultánea e la cosa donada. No yendo acompañada de la entrega, solo podrá hacerse por escrito». El artículo 628 exigía escritura pública para las donaciones de bienes inmuebles.

El artículo 632 del anteproyecto estaba dedicado específicamente a la eficacia transmisiva de la donación:

«La donación, debidamente aceptada, es perfecta entre los interesados y la propiedad se entiende transferida al donatario, mediante la tradición, si es de cosa mueble, o por la inscripción de la escritura en el Registro de la propiedad, si fuere inmueble».

En relación con este precepto, en el anteproyecto se hizo constar que su antecedente inmediato era el artículo 1062 del *Codice Civile* italiano de 1865 ‘reformado’²⁵⁷. Sin embargo, más que una ‘reforma’, el artículo 632 del anteproyecto constituía una modificación radical. En efecto, el artículo 1062 del *Codice*²⁵⁸, claramen-

²⁵⁵ LASSO GAITE, 1978, pp. 286, 397-412, 543-562; BARÓ PAZOS, 1993, pp. 228-273; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 2006, pp. 6-11.

²⁵⁶ El texto del anteproyecto de CC de 1882-1889 ha sido tomado de LASSO GAITE, 1979, y de PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 2006.

²⁵⁷ LASSO GAITE, 1979, p. 611; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 2006, p. 195.

²⁵⁸ El artículo 1125 del *Codice* decía que «en los contratos que tienen por objeto la traslación de la propiedad o de otro derecho, la propiedad o el derecho se transmiten y se adquieren por efecto del consentimiento legítimamente manifestado, y la cosa queda a

te influido por el sistema de transmisión consensual del *Code français*, decía que «la donación debidamente aceptada es perfecta entre las partes, y la propiedad de los efectos donados se entiende transferida al donatario sin necesidad de tradición»²⁵⁹. Realmente, el precedente más fidedigno del artículo 632 del anteproyecto era el proyecto de CC de 1836²⁶⁰, que disponía que la transmisión del dominio por donación se realizaba mediante la tradición de los bienes muebles, y con la inscripción registral de la escritura de donación de los bienes inmuebles.

Así las cosas, el anteproyecto de CC 1882-1889 es un tanto contradictorio en lo que a la regulación de la donación se refiere. De un lado, su articulado estaba claramente inspirado en el proyecto de CC de 1851, en el Código Civil italiano de 1865 y en el Código Civil portugués de 1867²⁶¹, textos todos ellos impregnados del modelo de transmisión consensual del dominio que implantó el Código Civil francés de 1804. A la vista de tales antecedentes, cabría esperar que en el anteproyecto de 1882-1889 la donación fuese un negocio dispositivo, en el que la transmisión del dominio se produjese automáticamente con la aceptación de la donación. Sin embargo, no fue así, dado que se exigía la entrega o tradición para los bienes muebles, y la inscripción de la escritura pública de donación para los bienes inmuebles.

Seguramente, esta incongruencia obedeció a que el anteproyecto, a pesar de su evidente seguidismo del *Code français*, recuperó la tradicional teoría del título y el modo para la adquisición del dominio. Con todo, la inscripción registral de las donaciones de bienes inmuebles que exigía el artículo 632 constituía una anomalía, tanto desde el punto de vista del Derecho castellano como desde el punto de vista del Derecho comparado²⁶², que sería corregida en la versión definitiva del CC de 1889.

riesgo y peligro del adquirente, aunque no se haya realizado la tradición» («nei contratti che hanno per oggetto la traslazione della proprietà o di altro diritto, la proprietà o il diritto si trasmette e si acquista per effetto del consenso legittimamente manifestato, e la cosa rimane a rischio e pericolo dell'acquirente, quantunque non ne sia seguita la tradizione»). El texto del Código Civil italiano de 1865 ha sido tomado de *Codice Civile del Regno d'Italia*, 1865.

²⁵⁹ «La donazione debitamente accettata è perfetta tra le parti, e la proprietà degli effetti donati s'intende trasferita nel donatario senza necessità di tradizione».

²⁶⁰ Cfr. *supra*, III.3.

²⁶¹ LASSO GAITE, 1979, pp. 610-614; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 2006, pp. 192-203.

²⁶² A no ser que se pretendiese sustituir la insinuación de la donación ante la autoridad judicial por la inscripción registral, aunque la finalidad de ambas figuras era bien distinta.

6.2.2 ORIGEN DE LOS ARTÍCULOS RELATIVOS A LA DONACIÓN

Resulta interesante constatar los antecedentes de los cuarenta y un artículos dedicados a la donación en el anteproyecto de CC de 1882-1889, que fueron expresamente reseñados por la Comisión redactora²⁶³:

- Proyecto de CC de 1851: diecinueve artículos.
- Código Civil portugués de 1867: nueve artículos.
- Código Civil italiano de 1865: cinco artículos.
- Sin referencia del antecedente: tres artículos.
- Proyecto de CC de 1851 y Código Civil Portugués de 1867: dos artículos.
- Código Civil italiano de 1865 y Código Civil portugués de 1867: un artículo.
- Proyecto de CC de 1851, Código Civil portugués de 1867 y Código Civil mexicano de 1870: un artículo.
- Código Civil de Guatemala de 1877: un artículo.

Por su singular trascendencia en el régimen jurídico de la donación, conviene destacar el origen de los siguientes artículos del anteproyecto:

- Definición de donación (art. 615 del anteproyecto): artículo 1050 del Código Civil italiano de 1865, que decía así: «la donación es un acto de espontánea liberalidad, con el cual el donante se desprende actual e irrevocablemente de la cosa donada a favor del donatario que la acepta»²⁶⁴. Para la doctrina italiana del siglo XIX era pacífico que con arreglo al *Codice Civile* la donación transmitía el dominio sin necesidad de la entrega o tradición de la cosa donada²⁶⁵.
- Capacidad del donante para contratar y disponer (art. 621 del anteproyecto): artículo 1476 del Código Civil portugués de 1867: «pueden hacer donaciones todos los que puedan contratar y disponer de sus bienes»²⁶⁶. El *Código Civil portuguez* también contem-

²⁶³ LASSO GAITE, 1979, pp. 610-614; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 2006, pp. 192-203.

²⁶⁴ «La donazione è un atto di spontanea liberalità, con quale el donante si spoglia attualmente ed irrevocabilmente della cosa donata in favore del donatario che l'accetta».

²⁶⁵ BORSARI, 1877, p. 10; PACIFICI-MAZZONI, 1872, p. 464-465; RICCI, 1878, pp. 345-348.

²⁶⁶ «Podem fazer doações todos os que podem contractar e dispor des seus bens». El texto del Código Civil portugués ha sido tomado de *Código Civil portuguez aprovado por Carta de Lei de 1 de julho de 1867*, 1868.

plaba una transmisión de la propiedad por donación meramente consensual, sin necesidad de entrega o tradición²⁶⁷.

– Prohibición de donación de bienes futuros (art. 634 del anteproyecto): artículo 953 del proyecto de 1851 («la donación no puede comprender los bienes futuros») y artículo 1453 del Código Civil portugués de 1867 («la donación no puede comprender bienes futuros. Por bienes futuros se entienden aquellos que no se encuentran en poder del donante, o sobre los cuales este no tiene derecho al tiempo de la donación»²⁶⁸).

A la vista de los preceptos de Códigos extranjeros que fueron utilizados como base para redactar los artículos relativos a la donación en el anteproyecto de CC de 1882-1889, salta a la vista que la Comisión imitó de manera evidente la regulación francesa de la donación, plasmada en el *Code* de 1804 y en todos los textos legales de su influencia²⁶⁹, como fueron el proyecto de CC de 1851, el Código Civil italiano de 1865, el Código Civil portugués de 1867, e incluso los Códigos Civiles mexicano de 1870 y guatemalteco de 1877. Con acertadas palabras, Peña Bernaldo de Quirós subrayó que el Código Civil francés de 1804 «influye en el nuestro, ya directamente, ya a través de los Códigos o Proyectos posteriores que cita nuestro Anteproyecto, los cuales recibieron la influencia del Código francés. Así resultan recogidos diferentes preceptos del Código francés, sin que éste sea citado y sí lo sea, en cambio, el

²⁶⁷ El artículo 1452 del Código Civil portugués de 1867 decía que «donación es un contrato, por el que cualquier persona transfiere a otra gratuitamente una parte, o la totalidad de sus bienes presentes» («doação é um contracto, por que qualquer pessoa transfere a outrem gratuitamente uma parte, ou a totalidade de seus bens presentes»). El artículo 715 del Código establecía con total claridad la transmisión consensual del dominio a través de los contratos, al señalar que «en la enajenación de cosas ciertas y determinadas, la transferencia de la propiedad se produce entre los contratantes, por el mero efecto del contrato, con independencia de la tradición o posesión, ya sea material o simbólica, salvo que exista acuerdo de las partes en contrario» («nas alienações de cousas certas e determinadas a transferencia da propriedade opera-se entre os contrahentes, por mero effeito do contrato, sem dependencia de tradição ou de posse, quer material, quer symbolica, salvo havendo accordo das partes em contrario»). El más reputado comentarista del Código Civil portugués de 1867, DIAS FERREIRA, destacó que el Código, apartándose de la legislación anterior, seguía abiertamente la doctrina del Derecho francés, dispensando la tradición para la validez de la enajenación, y considerando transferida la propiedad con la perfección del contrato (DIAS FERREIRA, 1871, p. 222).

²⁶⁸ «A doação não pôde abranger bens futuros. Por bens futuros entendem-se aqueles, que não se acham em poder do doador, ou a que este não tem direito au tempo de doação».

²⁶⁹ Siguiendo a PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, el Código italiano de 1865 tuvo como modelo el *Code* francés; el Código portugués estuvo muy influido por el proyecto de CC español de 1851; el Código mexicano de 1870 por el proyecto español de 1851 y por el Código portugués de 1867; y el Código guatemalteco por el Código francés de 1804, el Código portugués de 1867, el anteproyecto de Código belga (de clarísima influencia francesa) y el proyecto español de 1851, entre otros (PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 2006, pp. 23-28).

Proyecto de 1851, el Código italiano o cualquier otro elaborado sobre el modelo francés»²⁷⁰.

La influencia del Código Civil francés de 1804 en el anteproyecto de CC español de 1882-1889 fue tan evidente, que es posible establecer una correlación directa entre las normas del *Code* reguladoras de la donación y los artículos que regulan la donación en el CC de 1889, con independencia de las influencias intermedias de otros códigos extranjeros. Así:

– La definición de donación (art. 618 CC) procede del artículo 615 del anteproyecto, que tomó como referencia el artículo 1050 del Código Civil italiano, que a su vez era una copia literal del artículo 894 del Código Civil francés («la donación entre vivos es un acto por el cual el donante se desprende actual e irrevocablemente de la cosa donada, en favor del donatario que la acepta»²⁷¹).

– La necesaria capacidad del donante para contratar y disponer (art. 624 CC) procede del artículo 621 del anteproyecto, que tomó como referencia el artículo 1476 del Código Civil portugués de 1867, que a su vez estaba inspirado en el artículo 902 del Código Civil francés («todas las personas pueden disponer y recibir, ya sea por donación entre vivos o por testamento, excepto aquellas a quienes la ley declare incapaces para ello»²⁷²).

– La prohibición de donación de bienes futuros (art. 635 CC) procede del artículo 634 del anteproyecto, que tomó como referencia el artículo 953 del proyecto de CC de 1851 y el artículo 1453 del Código Civil portugués, los cuales estaban a su vez claramente influidos por el artículo 943 del Código Civil francés («la donación entre vivos sólo puede comprender los bienes presentes del donante; si incluye bienes futuros, será nula a este respecto»²⁷³).

Tales antecedentes evidencian que el anteproyecto de CC de 1882-1889 se desmarcó de la regulación de la donación contenida en el Derecho castellano histórico, y acabó acogiendo el modelo de donación francés, que transmitía la propiedad automáticamente una vez perfeccionada, sin necesidad de entrega o tradición²⁷⁴.

²⁷⁰ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 2006, p. 25.

²⁷¹ «La donation entre-vifs est un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée, en faveur du donataire qui l'accepte».

²⁷² «Toutes personnes peuvent disposer et recevoir, soit par donation entre-vifs, soit par testament, excepté celles que la loi en déclare incapables».

²⁷³ «La donation entre-vifs ne pourra comprendre que les biens présents du donateur; si elle comprend des biens à venir, elle sera nulle à cet égard».

²⁷⁴ Parte de la doctrina ha argumentado que el Código Civil francés de 1804 influyó en el CC de 1889 menos que en el proyecto de CC de 1851. A modo de ejemplo, BARÓ PAZOS, pese a admitir que «la influencia francesa no es la única, pero sí la más importante en la codificación española», sostuvo que la influencia del *Code* en el CC de 1889 fue menor, debido a múltiples factores: la aparición de nuevos códigos europeos

Se trata de una circunstancia especialmente trascendente, dado que el anteproyecto de CC abandonó el modelo consensual de la transmisión de la propiedad que contenía el proyecto de CC de 1851, y recuperó la tradicional teoría del título y modo. La asunción en el anteproyecto de CC de 1882-1889 de una mecánica traslativa específica para la donación, en contraposición a los demás negocios traslativos de dominio, constituye una circunstancia muy reseñable, debido a su excepcionalidad en el marco del sistema, y al abandono de la eficacia transmisiva tradicional de la donación en el Derecho castellano.

Al respecto, resulta igualmente destacable que en la versión definitiva del CC fuese suprimido el artículo 632 del anteproyecto de CC de 1882-1889, que decía que la donación de bienes muebles se transmitía mediante la tradición, y la de bienes inmuebles mediante la inscripción registral. La desaparición de todo vestigio relativo a la aplicación de la teoría del título y el modo a la donación no puede ser minusvalorada ni desdeñada²⁷⁵.

o americanos, que concitaron el interés del legislador español; el resurgimiento doctrinal de los juristas españoles, que destacaron lo propio frente a lo extranjero; la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que con la instauración de los recursos de nulidad (1838) y de casación (1855), junto con la obligación de motivar las Sentencias, adaptó el antiguo derecho propio a las circunstancias sociales, económicas y políticas del siglo XIX; y que tanto el *Code* como el derecho español histórico son herederos de la misma tradición romana, por lo que «más que hablar de *afrancesamiento* de nuestro Código, bien pudiera hablarse de un *romanismo compartido*, eso sí, al gusto y al estilo de la doctrina francesa precodificadora, que constituye el fundamento y la esencia misma del *Code*» (BARÓ PAZOS, 2014, pp. 114-117). Sin necesidad de cuestionar este planteamiento, y con independencia de lo que pueda sostenerse respecto de otras instituciones jurídicas, el *afrancesamiento* de la regulación del CC de 1889 es palmaria en todo lo relativo a la donación.

²⁷⁵ ALBALADEJO GARCÍA manifestó que la eliminación del artículo 632 del anteproyecto no tendría ninguna relevancia, sobre la base de que «las supresiones de artículos del Anteproyecto, que no pasaron al Código, las más de las veces se debieron a considerarlos innecesarios, redundantes, superfluos, etc., y querer simplificar eliminándolos» (ALBALADEJO GARCÍA y DÍAZ ALABART, 2006, p. 47). Además, intentó apoyar su argumentación en los apuntes manuscritos que dejaron algunos miembros de la Comisión redactora del CC que constan en los archivos de la Comisión General de Codificación (ALBALADEJO GARCÍA y DÍAZ ALABART, 2006, pp. 47-49). Sin embargo, tales argumentos no son convincentes: los apuntes manuscritos no son ni claros ni terminantes, y además serían contradictorios no solo con el articulado del anteproyecto de 1882-1889, sino también con la Ley de bases aprobada en 1888, cuyo proyecto databa de 1885. No es un argumento sólido afirmar que el artículo 632 del anteproyecto fue suprimido por considerarse que dicha norma era innecesaria, pues «que no lo era, lo demuestra la aún existente controversia sobre la naturaleza de la donación» (MONTERO LEÓN, *RCDI*, 1992, p. 2117). A mayor abundamiento, los debates parlamentarios de la época rebatieron rotundamente que los redactores del CC pretendiesen exigir la tradición para la transmisión de la propiedad por donación (cfr. *infra*, III.6.2.4). En todo caso, hay que tener en cuenta que la postura de ALBALADEJO GARCÍA estuvo condicionada por su planteamiento de que en el CC la transmisión de la propiedad por donación requiere en todo caso de la entrega o tradición de las cosas donadas, postura que en la actualidad prácticamente nadie defiende (cfr. *supra*, I.1).

6.2.3 PROYECTO DE LEY DE BASES DE 1885 Y LEY DE BASES DE 1888

El proyecto de ley de bases de 1885²⁷⁶, obra del Ministro de Gracia y Justicia Silvela y de Le Vielleuze, también es relevante. En la base I se decía:

«El Código se ajustará en el trazado de su plan general al proyecto de 1851, en cuanto se halla contenido en éste el sentido y capital pensamiento de las instituciones civiles del Derecho histórico de Castilla; debiendo formularse por tanto este primer cuerpo legal de nuestra codificación civil, sin otro alcance y propósito que el de regularizar, aclarar y armonizar los preceptos de nuestras leyes, recoger las enseñanzas de la doctrina en la solución de las dudas suscitadas por la práctica, y atender a algunas necesidades nuevas con soluciones que, no sólo tengan un fundamento científico o un precedente autorizado en legislaciones propias o extrañas, sino que hayan obtenido ya común asentimiento entre nuestros jurisconsultos».

La base XIII comenzaba diciendo que «como el primero entre los medios de adquirir, se definirá la ocupación», para referirse sin solución de continuidad a la donación:

«Como otro de los medios de adquirir será la donación, se definirá fijando su naturaleza y efectos, personas que pueden dar y recibir por medio de ella sus limitaciones, revocaciones y reducciones, las formalidades con que deben ser hechas, los respectivos deberes del donante y donatario y cuanto tienda a evitar los perjuicios que de las donaciones pudieran seguirse a los hijos del donante o sus legítimos acreedores o a los derechos de tercero».

Es muy destacable que en esta base XIII se calificase a la donación como modo de adquirir, no como contrato; así como que se determinase la necesidad de definir la donación, determinando además su naturaleza y efectos.

Además, se estableció una nítida separación entre la donación, regulada en la base XIII, de los contratos, considerados como meros títulos de adquisición, a los que se mencionó en la base XIX:

«Los contratos, considerados como fuente de las obligaciones, continuarán siendo meros títulos de adquirir, sometidos al principio de que la simple coincidencia de voluntades entre los contratantes establece el vínculo, aun en aquellos casos en que se exigen solemnidades determinadas para la transmisión de las cosas; y se cuidará de fijar bien las condiciones del consentimiento, así en cuanto a la capacidad, como en cuanto a la libertad de los que le

²⁷⁶ Presentado a las Cortes por autorización concedida por Real Decreto de 7 de enero de 1885.

presten, estableciendo los principios consagrados por las legislaciones modernas sobre la naturaleza y objeto de las convenciones, su causa, forma e interpretación, y sobre los motivos que las anulan y rescinden».

Después de una accidentada tramitación parlamentaria²⁷⁷, el proyecto de ley de bases fue finalmente aprobado por las Cortes, dando lugar a la Ley de 11 de mayo de 1888, que dio cobertura al Gobierno para la aprobación del CC.

Si se comparan las bases del proyecto de ley de 1885 con la Ley de bases finalmente aprobada en 1888, se advierten, en lo que aquí interesa, las siguientes variaciones:

– En la base 1.^a se mantuvo como referencia primordial el proyecto de 1851, concediendo mayor libertad a la introducción de novedades cuya necesidad fuese puesta de relieve por el Congreso de los Diputados o por el Senado.

– Los contratos, como fuentes de las obligaciones y títulos de adquisición, se incluyeron finalmente en la base 20.^a, cuyo contenido era sustancialmente idéntico al de la base XIX del proyecto de ley de 1885:

«Los contratos, como fuente de las obligaciones, serán considerados como meros títulos de adquirir en cuanto tengan por objeto la traslación de dominio o de cualquier otro derecho a él semejante, y continuarán sometidos al principio de que la simple coincidencia de voluntades entre los contratantes establece el vínculo aun en aquellos casos en que se exigen solemnidades determinadas para la transmisión de las cosas, o el otorgamiento de escritura a los efectos expresados en la base precedente. Igualmente se cuidará de fijar bien las condiciones del consentimiento, así en cuanto a la capacidad, como en cuanto a la libertad de los que le presten, estableciendo los principios consagrados por las legislaciones modernas sobre la naturaleza y el objeto de las convenciones, su causa, forma e interpretación, y sobre los motivos que las anulan y rescinden».

– La ocupación, primer modo de adquirir, fue incluida de manera aislada en la base 14.^a

– La donación fue finalmente insertada en la base 26.^a, entre los contratos en particular y una alusión a la futura ley especial de reunión de los dominios de los foros, subforos, derechos de superficie y otros gravámenes semejantes²⁷⁸:

«Las formas, requisitos y condiciones de cada contrato en particular, se desenvolverán y definirán con sujeción al cuadro general

²⁷⁷ LASSO GAITE, 1978, pp. 432-481, 524-542; BARÓ PAZOS, 1993, pp. 250-257.

²⁷⁸ LALAGUNA DOMÍNGUEZ, *RDP*, 1973, p. 407: «La base 26, en la que se indican los criterios de regulación de los contratos en particular, es una simple yuxtaposición del

de las obligaciones y sus efectos, dentro del criterio de mantener por base la legislación vigente y los desenvolvimientos que sobre ella, ha consagrado la jurisprudencia, y los que exija la incorporación al Código de las doctrinas propias a la Ley Hipotecaria, debidamente aclaradas en lo que ha sido materia de dudas para los Tribunales de justicia y de inseguridad para el crédito territorial. La donación se definirá fijando su naturaleza y efectos, personas que pueden dar y recibir por medio de ella, sus limitaciones, revocaciones y reducciones, las formalidades con que deben ser hechas, los respectivos deberes del donante y donatario y cuanto tienda a evitar los perjuicios que de las donaciones pudieran seguirse a los hijos del donante o sus legítimos acreedores o a los derechos de tercero. Una ley especial desarrollará el principio de la reunión de los dominios en los foros, subforos, derechos de superficie y cualesquiera otros gravámenes semejantes constituidos sobre la propiedad inmueble».

Así pues, las novedades introducidas en la Ley aprobada en 1888 afectaron, por lo general, al orden y a la numeración de las bases, pero no a su contenido. La diferencia más destacada entre la base XIII del proyecto de 1885 y la base 26.^a de la Ley aprobada en 1888 es que no se calificó expresamente a la donación como modo de adquirir²⁷⁹. Sin embargo, como es notorio, la donación fue finalmente mencionada separadamente de los contratos en el artículo 609 CC, e incluida en el Título II del Libro III del CC, cuya denominación es «De los diferentes modos de adquirir la propiedad», y no en el Libro IV del CC²⁸⁰.

Evidentemente, la Ley de bases de 1888 perdió carácter normativo con la aprobación del CC de 1889. Por ello, el Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente que sus preceptos no pueden servir de fundamento a ningún recurso judicial, ordinario o extraordinario, dado que no se promulgó para que la aplicasen los

texto íntegro de la Base XXVI y de la segunda parte de la Base XIII del Proyecto de 1885»).

²⁷⁹ LALAGUNA DOMÍNGUEZ, *RD*P, 1973, p. 407: «Esta segunda parte de la Base XIII del Proyecto de Silveira pasa intacta a la Ley de Bases de 1888, con la única particularidad de que ya no se alude a donación como «otro medio de adquirir la propiedad». Según el mismo autor, «el hecho de que en la Base 26 se aluda con amplitud al régimen de la donación, después de la referencia genética que se hace a las formas, requisitos y condiciones de cada contrato en particular, permite sostener que en la Ley de 11 de mayo de 1888 la donación es considerada como contrato. Pero como un contrato de naturaleza singular, a juzgar por la extensión con que se exponen los principios a que ha de someterse su regulación» (LALAGUNA DOMÍNGUEZ, *RD*P, 1973, p. 407). Este razonamiento no fue del todo acertado, dado que de los debates parlamentarios se desprende que los miembros de la Comisión redactora del CC reconocieron haber calificado deliberadamente a la donación como modo de adquirir, y no como contrato (cfr. *infra*, III.6.2.4).

²⁸⁰ LALAGUNA DOMÍNGUEZ, muy certeramente, destacó que «con estos antecedentes, es difícil admitir la hipótesis de que los redactores del Código no fueran conscientes del alcance de la referencia a la donación entre los modos de adquirir en el artículo 609» (LALAGUNA DOMÍNGUEZ, *RD*P, 1973, p. 407). Los debates parlamentarios sobre la materia confirman plenamente esta hipótesis (cfr. *infra*, III.6.2.4).

Tribunales, sino para que el Gobierno se amoldase a ella al hacer uso de la autorización que le confirieron las Cortes²⁸¹. Así las cosas, en caso de una eventual contradicción entre la Ley de bases y el CC, siempre prevalece el segundo²⁸².

Sin embargo, la Ley de bases de 1888 constituye un medio de interpretación histórico finalista²⁸³, al poseer un valor interpretativo ciertamente autorizado²⁸⁴. No en vano, constituye «la antecámara de nuestro Código Civil vigente»²⁸⁵. Por ello, la jurisprudencia ha aludido a las bases de la Ley de 1888 resaltando su carácter interpretativo, para reforzar la interpretación del contenido del CC o para destacar el espíritu del CC conforme a la Ley de bases²⁸⁶.

En este sentido, resulta muy significativo que las dos únicas Sentencias del Tribunal Supremo de los últimos cuarenta años que hemos logrado localizar que mencionaron la Ley de bases de 1888 fueron las SSTs de 22 de diciembre de 1986²⁸⁷ y 23 de septiembre de 1993²⁸⁸, que aludieron a la base 20.^a para resaltar la distinta eficacia transmisiva de la compraventa y de la donación en el CC. En todo caso, sorprende que ambas Sentencias no mencionasen la base 26.^a, que se refería expresamente a las donaciones, lo que hubiese reforzado la argumentación en clave histórica acerca de la distinta virtualidad transmisiva de la compraventa y de la donación.

²⁸¹ STS de 24 de junio de 1897 (ECLI: ES: TS:1897:162, JC, t. 81, 143; ponente Pedro Lavín y Olea); STS de 10 de noviembre de 1902 (ECLI: ES: TS:1902:105, JC, t. 94, 97; ponente Antonio Alonso Casaña); STS de 27 de diciembre de 1935 (ECLI: ES: TS:1935:918, RJ 1935\2482; ponente José María Rodríguez de los Ríos); y STS de 22 de enero de 1948 (ECLI: ES: TS:1948:1271, RJ 1948\19; ponente Felipe Gil Casares).

²⁸² STS de 27 de diciembre de 1935 (ECLI: ES: TS:1935:918, RJ 1935\2482; ponente José María Rodríguez de los Ríos); STS de 16 de mayo de 1963 (ECLI: ES: TS:1963:156, RJ 1963\2519; ponente Manuel Lojo Tato); BONET RAMÓN, *ARAJL*, 1988, pp. 343-344; CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, *ADC*, 2019, p. 757.

²⁸³ BONET RAMÓN, *ARAJL*, 1988, pp. 344-345; CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, *ADC*, 2019, p. 757.

²⁸⁴ LASSO GAITE, 1978, p. 542; CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, *ADC*, 2019, p. 757.

²⁸⁵ BONET RAMÓN, *ARAJL*, 1988, p. 328.

²⁸⁶ Entre otras, STS de 19 de diciembre de 1903 (ECLI: ES: TS:1903:671, JC, t. 96, 156; ponente Ildefonso López Aranda); STS de 13 de febrero de 1907 (ECLI: ES: TS:1907:324, JC, t. 106, 56; ponente Pascual Doménech Marín); STS de 4 de abril de 1921 (ECLI: ES: TS:1921:1147, JC, t. 153, 4; ponente Jacinto Jaraiz y Fernández); STS de 31 de octubre de 1924 (ECLI: ES: TS:1924:96, JC, t. 164, 57; ponente Diego Medina García); STS de 25 de noviembre de 1925 (ECLI: ES: TS:1925:1029, JC, t. 168, 164; ponente Mariano Avellón Quemada); STS de 2 de marzo de 1926 (ECLI: ES: TS:1926:1151, JC, t. 170, 2; ponente Mariano Avellón Quemada); STS de 8 de febrero de 1943 (ECLI: ES: TS:1943:16, RJ 1943\129; ponente Celestino Valledor y Suárez Otero); o STS de 26 de junio de 1946 (ECLI: ES: TS:1946:607, RJ 1946\840; ponente Manrique Mariscal de Gante y de Gante).

²⁸⁷ ECLI: ES: TS:1986:7269, RJ 1986\7795; ponente Cecilio Serena Velloso.

²⁸⁸ ECLI: ES: TS:1993:6242, RJ 1993\7654; ponente Pedro González Poveda.

6.2.4 DEBATES PARLAMENTARIOS

a) Debates sobre la Ley de bases de 1888.

Los debates que se celebraron durante la tramitación parlamentaria del proyecto de ley de bases de 1885, que cristalizaron en la Ley de bases de 1888, resultan de extraordinario interés en todo lo referente a la donación.

Conviene recordar que en dicho proyecto la donación estaba incluida en la base XIII, junto con la ocupación, y que era calificada expresamente como modo de adquirir. Además, ordenaba al Código definirla, fijando su naturaleza y efectos. A la naturaleza y efectos de las obligaciones se aludía en la base XVIII. Finalmente, en la base XIX se decía que los contratos eran considerados meros títulos de adquisición. Tal encuadramiento de la donación fue cuestionado en el Senado, lo que motivó interesantes intervenciones²⁸⁹.

Coronado y Parada²⁹⁰ echó de menos en las bases del proyecto «un tratado general en que se expusiera la doctrina referente a adquisiciones»²⁹¹, cuya necesidad fundamentó en la teoría del título y el modo:

«No hay título sin tradición, ni tradición sin título; principio axiomático por el que si se tiene presente, se distinguirá bien la causa del derecho y el derecho constituido. No bastará a transferir el dominio de las cosas la tradición sin el título, ni este sin aquella: *nec titulus sine traditione, nec traditio sine titulo sufficit ad transferendum rerum dominium*. La hipoteca, que algunos indican como excepción en los modos de adquirir, lejos de ser la excepción, confirma más y más el principio y la regla. La causa, el título, la tradición: la causa próxima de toda adquisición en la generalidad de los casos; quién mediante un justo título puede entregar y adquirir; doctrinas generales sobre la adquisición. Todo esto debía consignarse al hablar de los modos de adquirir»²⁹².

Aunque en esta intervención no mencionó expresamente a la donación, a la vista de sus palabras no hay ninguna duda de que

²⁸⁹ A pesar de ello, el debate parlamentario, en lo que a la donación se refiere, ha sido escasamente destacado por la doctrina, y, además, de manera superficial e incompleta: LALAGUNA DOMÍNGUEZ, *RDP*, 1973, pp. 404-406; LASSO GAITE, 1978, pp. 454, 462; DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, 2000, p. 45-46; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 2006, pp. 8, 192.

²⁹⁰ CARLOS MARÍA CORONADO Y PARADA fue Catedrático y Ministro de Gracia y Justicia. Puede consultarse su bibliografía, disponible en la página web de la Real Academia de la Historia, en: <https://dbe.rah.es/biografias/15061/carlos-maria-coronado-y-parada>.

²⁹¹ *Diario de las Sesiones de Córtes. Senado*. Sesión del martes 21 de abril de 1885, pp. 2176-2177.

²⁹² *Diario de las Sesiones de Córtes. Senado*. Sesión del martes 21 de abril de 1885, p. 2177.

daba por supuesta su inclusión en el ámbito de la teoría del título y el modo. En todo caso, cualquier atisbo de duda se disipa a la vista de lo que dijo en la siguiente sesión parlamentaria:

«¿Qué sucede con las bases? La base 13.^a, dice: “se ha de tratar del modo de adquirir que se llama ocupación, y del modo de adquirir que se llama *donación*”. ¿Qué relación, ni qué conexión tiene la ocupación con la donación? Entonces hablemos también de la *compraventa*, háblese también de la *dación en pago*”. No; la ocupación no tiene para qué confundirse con la donación»²⁹³.

Más adelante, tras insistir sobre «esa confusión, esa especie de amalgama, la ocupación y la donación»²⁹⁴, remachó la idea que planeaba sobre su intervención:

«Es defectuosa la base que indica que se tratará de la donación, porque con ocasión de ese modo de adquirir, ha debido hablarse, si ya no se había hecho cuando se trató del matrimonio, de la donación por causa de matrimonio, y entonces también ha debido hablarse de las donaciones remuneratorias, es decir, de todas las materias importantísimas de la donación, sin dar lugar a que las donaciones se consideren como un contrato, si bien podían serlo, porque realmente la donación puede consistir, como acto de liberalidad, en la promesa de la entrega, o en la entrega de una cosa a otro, sin que haya para ello ninguna causa o razón obligatoria legal requerible»²⁹⁵.

Para Coronado y Parada, la falta de método que apreciaba tenía su origen en un claro seguidismo del *Code* francés:

«El método exigía que adoptase algún plan o sistema para tratar de los distintos modos de adquirir, que en las bases no se dice; y esto es, sin duda, por un descuido, o por seguir e imitar en un todo al Código francés, porque repito que esto, no solo se observa en las bases que está pendientes de la discusión del Senado, sino también en el Código francés. El Código francés decía: “que se adquiere por última voluntad, por contrato y por prescripción”; y nosotros, señores, siguiendo al derecho romano, siguiendo el orden de la Instituta, hemos dicho siempre, y esto me parece que es más lógico, más racional y metódico, que los modos de adquirir eran: naturales y civiles, universales y singulares, en vida o por causa de muerte; y esto conducía como por la mano, por un método racional y lógico, a la exposición de las materias que son propias del Código Civil»²⁹⁶.

²⁹³ *Diario de las Sesiones de Cortes. Senado*. Sesión del miércoles 22 de abril de 1885, p. 2190.

²⁹⁴ *Diario de las Sesiones de Cortes. Senado*. Sesión del miércoles 22 de abril de 1885, p. 2190.

²⁹⁵ *Diario de las Sesiones de Cortes. Senado*. Sesión del miércoles 22 de abril de 1885, p. 2190.

²⁹⁶ *Diario de las Sesiones de Cortes. Senado*. Sesión del miércoles 22 de abril de 1885, p. 2190.

La réplica por parte de la Comisión que emitió dictamen favorable a la ley en el Senado corrió a cargo de Colmeiro y Penido²⁹⁷, quien en ningún momento abordó el fondo del asunto. Se limitó a señalar que lo que se estaban discutiendo eran las bases, no el Código, por lo que no procedía ahondar excesivamente («si las bases hubiesen de comprender todos los pormenores que aquí hubieran de absorber la atención del Sr. Coronado, de seguro no habría necesidad de que discutiéramos más, ni de que estas bases pasasen a la Comisión de Codificación, porque estaría el Código hecho»²⁹⁸); llegó a reconocer que las bases tampoco eran de su completo agrado («a buen seguro que si yo fuese capaz de escribir un libro de derecho civil, no seguiría el método ni adoptaría el sistema que se observa en la exposición de las bases. A buen seguro que la Comisión de codificación no lo seguirá tampoco, de la misma manera que no lo habría seguido el Sr. Coronado»²⁹⁹); y finalizó con un argumento de procedimiento (acertado, todo hay que decirlo) con el que hábilmente esquivó la cuestión de fondo: la base 13 ya había sido aprobada y constituía cuestión resuelta, por lo que la intervención de Coronado y Parada debería de haberse limitado a la discusión de la base 14, pues «de otra manera nunca podría haber acuerdo definitivo tomado por el Senado»³⁰⁰.

De mayor interés si cabe fue un debate posterior, en el que participaron Fabié Escudero³⁰¹ y Gutiérrez Fernández³⁰². Las intervenciones del segundo son especialmente interesantes: además de ser el miembro de la Comisión de Códigos que redactó los artículos del anteproyecto de 1882-1889 relativos a la donación³⁰³, fue un eminente Catedrático, autor de la obra *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho Civil Español*, uno de los tratados de Derecho civil que gozó de mayor aceptación durante la segunda mitad del siglo XIX.

²⁹⁷ MANUEL COLMEIRO Y PENIDO fue un eminente Catedrático y Fiscal del Tribunal Supremo. Puede leerse su biografía, disponible en la página web de la Real Academia de la Historia, en: <https://dbe.rah.es/biografias/4643/manuel-colmeiro-y-penido>.

²⁹⁸ *Diario de las Sesiones de Cortes. Senado*. Sesión del miércoles 22 de abril de 1885, p. 2194.

²⁹⁹ *Diario de las Sesiones de Cortes. Senado*. Sesión del miércoles 22 de abril de 1885, p. 2194.

³⁰⁰ *Diario de las Sesiones de Cortes. Senado*. Sesión del miércoles 22 de abril de 1885, p. 2195.

³⁰¹ ANTONIO MARÍA FABIÉ ESCUDERO fue un prestigioso jurista, Ministro, Catedrático y Magistrado del Tribunal Supremo. Puede consultarse su bibliografía, disponible en la página web de la Real Academia de la Historia, en: <https://dbe.rah.es/biografias/13022/antonio-maria-fabie-escudero>.

³⁰² La bibliografía de BENITO GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, que da cumplida cuenta de su reconocido prestigio como jurista durante el siglo XIX, también está disponible en la página web de la Real Academia de la Historia: <https://dbe.rah.es/biografias/11370/benito-gutierrez-fernandez>.

³⁰³ LASSO GAITE, 1978, p. 551; BARÓ PAZOS, 1993, pp. 257-258.

En la sesión celebrada en el Senado el 27 de abril de 1885, Fabié Escudero dijo:

«Teniendo presente el orden que parece que debía haberse seguido para la concepción y sucesiva redacción de las bases, no acierto a explicarme cómo no figuran en esta base 18.^a las donaciones; porque si bien estas constituyeron en el derecho romano una especialidad, por decirlo así, determinada y distinta, no se puede negar que en el concepto teórico del derecho, en los momentos actuales, las donaciones se comprenden por todos los tratadistas de filosofía del derecho, o de consideraciones generales acerca del derecho, en la materia de las obligaciones»³⁰⁴.

Tras destacar que «nada se ha dicho de las donaciones, porque esta ha sido una de las bases que pasó inadvertida para el Senado; y sin embargo, la materia de donaciones es de suma importancia»³⁰⁵, y manifestar que «esta materia de las donaciones ofrece caracteres y circunstancias muy dignas de llamar la atención del legislador, porque es una manera de adquirir la propiedad de los bienes, que presenta aspectos muy especiales»³⁰⁶, justificó su discrepancia con el proyecto de ley:

«Para disculpar el haberme ocupado de esta materia a propósito de la base 18.^a, yo me pregunto a mí mismo: ¿constituyen una verdadera obligación, en el sentido más lato de esta palabra, las donaciones? Y desde luego, como antes he insinuado, doy a esta pregunta una contestación afirmativa; porque, en efecto, desde el momento en que se manifiesta de una manera explícita e indudable la voluntad del donante, nace un vínculo de derecho entre él y la persona del donatario; vínculo que, como saben los Sres. Senadores, puede llegar a ser efectivo y a tener las condiciones de un verdadero vínculo legal, cuando esta manifestación de voluntad revisite ciertos caracteres y condiciones»³⁰⁷.

La contestación por parte de la Comisión nombrada por el Senado que había dictaminado a favor de la ley de bases corrió a cargo de Gutiérrez Fernández. Tras resumir el punto central de la intervención que le había precedido («ha supuesto el Sr. Fabié, que entre las obligaciones ocupa o debe ocupar un papel importante la

³⁰⁴ *Diario de las Sesiones de Cortes. Senado.* Sesión del lunes 27 de abril de 1885, p. 2271.

³⁰⁵ *Diario de las Sesiones de Cortes. Senado.* Sesión del lunes 27 de abril de 1885, p. 2271.

³⁰⁶ *Diario de las Sesiones de Cortes. Senado.* Sesión del lunes 27 de abril de 1885, p. 2272.

³⁰⁷ *Diario de las Sesiones de Cortes. Senado.* Sesión del lunes 27 de abril de 1885, p. 2272.

donación»³⁰⁸), intentó justificar la ubicación de la donación entre los modos de adquirir con las siguientes palabras:

«Los Sres. Senadores saben perfectamente bien que las donaciones son susceptibles de ser consideradas bajo distintos aspectos; que han tenido en la historia del derecho esas diferentes representaciones; que no las han perdido, no obstante las reformas que en esa materia han podido hacerse, porque todavía hay diversidad en los Códigos, efecto de esos mismos conceptos. La donación fue en su origen modo de adquirir; y en Roma, el verdadero y primitivo derecho romano, la donación se encontraba entre los modos singulares de adquirir, que eran la tradición, la prescripción, la donación, etc.

Andando los tiempos, Justiniano creyó que debía reformar este punto como tantos otros del derecho, y comprendió las donaciones entre los contratos; admitió la posibilidad de considerar las donaciones bajo este aspecto, como título de adquirir o como contrato, y tuvo por conveniente no incluirlas entre los modos de adquirir. Con efecto, desde su época hay autores que hablan de las donaciones como modo de adquirir, y hay otros que las consideran como contrato; hay códigos que cuentan las donaciones entre los modos de adquirir, y hay otros que las consignan como contratos.

Pues bien, el Gobierno de S. M. ha podido elegir entre los dos aspectos bajo los cuales pueden considerarse las donaciones, y ha entendido que debía dar preferencia a la teoría jurídica que las coloca entre los modos de adquirir; por eso no habla de ellas en la base 18.^a; no las reserva para tratar de ellas al lado de los contratos y con ocasión del desenvolvimiento de esas fuentes de las obligaciones, sino que, por el contrario, ha hablado de ellas entre los modos de adquirir, diciéndolo de una manera expresa y categórica»³⁰⁹.

Más adelante, Gutiérrez Fernández reconoció sin ambages que la donación no estaba incluida en la base relativa a las obligaciones o a los contratos simplemente porque la Comisión de Códigos decidió imitar lo que habían resuelto al respecto otros Códigos Civiles extranjeros:

«Habría digo, otro motivo o razón para que el Gobierno de S. M. hubiese tomado este principal aspecto de la donación y hablado de ella, no entre los contratos sino entre los modos de adquirir. Así lo establecen el Código francés y la mayor parte de los que le siguen, el Código italiano y que en parte le copia, pero no de una manera tan sumisa o servil que haya renunciado por completo a la originalidad; y el Código belga, que, como saben perfectamente bien los Sres. Senadores, no es más que una copia o trasunto del Código francés, y cuya reforma o redacción ha sido últimamente encargada al gran publicista Monsieur Laurent.

³⁰⁸ *Diario de las Sesiones de Córtes. Senado*. Sesión del lunes 27 de abril de 1885, p. 2274.

³⁰⁹ *Diario de las Sesiones de Córtes. Senado*. Sesión del lunes 27 de abril de 1885, pp. 2274-2275.

Ese último, en el segundo o tercer libro, que trata de los modos de adquirir, después de haber hablado antes de las personas, de las cosas y de los derechos, dice, o ha de decir lo siguiente: «La propiedad de las cosas se adquiere por ocupación, por donación, por las sucesiones y por efecto de los contratos». Pues este es el sistema que ha seguido en este punto el Sr. Ministro, autor de las bases presentadas a la deliberación del Senado: otro de los modos de adquirir es la ocupación, otro la donación, otro la sucesión testada o intestada, y otro por efecto de los contratos, no considerando los contratos como modo de adquirir, sino como título en cuya virtud se puede adquirir la propiedad»³¹⁰.

Como argumento de cierre, Gutiérrez Fernández intentó justificar el planteamiento de la ley de bases aludiendo a las donaciones *mortis causa*:

«Además de esta consideración hay otra, que es seguramente la que ha tenido el distinguidísimo e ilustrado autor de las bases, y es, que las donaciones son de dos clases principales: las donaciones *inter vivos* y las donaciones *mortis causa*. ¿Se puede decir con propiedad que la donación *mortis causa* revista o tenga la forma de contrato? En el desenvolvimiento de esa doctrina o materia, ¿no ofrecería alguna dificultad, al tratar de los contratos, hablar de la donación *mortis causa*, que participa de la donación de las últimas voluntades? ¿Y no se ve el inconveniente que podría resultar de dividir la materia, de fraccionarla, reservando parte de ella para los contratos, y otra para desarrollarla y tratarla cuando se hable de las sucesiones? No se puede ocultar seguramente»³¹¹.

Finalmente, concluyó su intervención citando a «los legisladores franceses [...] de los cuales, después de haber procurado estudiarlos a fondo, he formado una idea distinta de la que por lo visto tienen algunos otros Sres. Senadores y algunos jurisconsultos que han analizado el Código Civil francés. [...] Dieron a la donación el carácter de modo de adquirir, aun cuando Justiniano la había llamado contrato, porque creyeron que en este punto no estaba muy justificada la reforma de Justiniano; les pareció más fundamental, como a mí me parece, quizás con error, la doctrina jurídica, la verdadera doctrina de derecho, de que al hablar de la organización definitiva de la donación, se coloque esta entre los modos de adquirir»³¹².

³¹⁰ *Diario de las Sesiones de Cortes. Senado*. Sesión del lunes 27 de abril de 1885, p. 2275.

³¹¹ *Diario de las Sesiones de Cortes. Senado*. Sesión del lunes 27 de abril de 1885, p. 2275.

³¹² *Diario de las Sesiones de Cortes. Senado*. Sesión del lunes 27 de abril de 1885, p. 2275.

Sin embargo, sus palabras no pusieron fin a la discusión. En esa misma sesión, poco después, el senador Seoane Bayón³¹³ hizo uso de su derecho a la rectificación manifestando lo siguiente:

«La primera observación que dirigiré se refiere a lo manifestado por mi amigo el Sr. Gutiérrez respecto a la donación, respondiendo, creo, al Sr. Fabié.

El Sr. Gutiérrez parecía encontrar grandes dificultades en lo que se había entendido respecto a la donación por el derecho romano y lo que se disponía por varios Códigos modernos.

Creo, señores, que no puede haber ninguna dificultad en concebir cuándo y cómo la donación es un modo de adquirir; cuándo es una disposición por causa de muerte, y cuándo es un contrato»³¹⁴.

Tras una breve explicación sobre la historia de la donación en la época romana, expuso su argumento principal:

«Yo no creo que pueda haber las dificultades que, al parecer, mi amigo el Sr. Gutiérrez consideraba que existían; sin que haya necesidad de ocuparse mucho de lo que dispongan sobre esto el Código francés y sus similares, pues sabe muy bien S. S. y todos los Sres. Senadores que me escuchan, que el Código civil francés, como las demás instituciones de la época, quiso romper con el pasado y no sujetarse a los modelos anteriores, y de tal manera llevó esto al exceso, además de la intervención de Napoleón, que no entendía de leyes, en las cuestiones capitales, que no es el mejor modelo científico el Código civil francés, aunque es muy digno de respeto bajo otros conceptos, siquiera por haber sido el que ha señalado el camino de la codificación»³¹⁵.

Gutiérrez Fernández replicó con una breve explicación acerca de la donación justiniana; continuó diciendo que «considerada, pues, la donación en su verdadero espíritu, no como promesa, sino como entrega, no era contrato, sino modo de adquirir, y este es el carácter que ha tenido en la legislación romana, que han copiado muchas otras legislaciones»; y finalizó elogiando al *Code* francés y a Napoleón³¹⁶.

Sin embargo, la cuestión estaba lejos de haber quedado cerrada. Al día siguiente, durante la sesión celebrada en el Senado el 28 de

³¹³ JUAN ANTONIO SEOANE BAYÓN, I Marqués de Seoane, desempeñó a lo largo de su vida los cargos de Fiscal y Magistrado. Su bibliografía está disponible en la página web de la Real Academia de la Historia, en: <https://dbe.rah.es/biografias/60502/juan-antonio-seoane-bayon>.

³¹⁴ *Diario de las Sesiones de Cortes. Senado*. Sesión del lunes 27 de abril de 1885, p. 2281.

³¹⁵ *Diario de las Sesiones de Cortes. Senado*. Sesión del lunes 27 de abril de 1885, pp. 2281-2282.

³¹⁶ *Diario de las Sesiones de Cortes. Senado*. Sesión del lunes 27 de abril de 1885, p. 2283.

abril de 1885, la discusión volvió a reproducirse. Fue de nuevo Fabié Escudero quien inició el debate sobre la donación, diciendo:

«Oyendo con la atención de siempre lo que se sirvió decir el Sr. Gutiérrez respecto a las opiniones que yo expuse acerca de si era o no lugar más apropiado para tratar de las donaciones estas bases que se refieren a las donaciones; oyéndole, digo, con atención, se evocaron en mi memoria los recuerdos de los fundamentos de esta opinión mía. Ya aduje algunos cuando os dirigí la palabra, y estos consistían, y así lo dije, en la opinión de los tratadistas puramente abstractos, digámoslo así; en las teorías desarrolladas por los que más se ocupan de las doctrinas generales del derecho. Pero bullía algo en mi memoria que no pude entonces determinar, y que en realidad forma una base, un argumento, un apoyo de mi opinión; y meditando después y hasta revolviendo libros, me encontré con que mi memoria, aunque no con exactitud, no me había servido mal; porque, en efecto, y no puede menos de causar cierta maravilla, como estoy seguro que los pocos Sres. Senadores que me escuchan también la experimentarán cuando sepan que el apoyo de mi opinión a que antes me he referido, se halla en la del mismo Sr. Gutiérrez³¹⁷».

Tras señalar que Gutiérrez Fernández había escrito «una obra importantísima» (sin duda, estaba haciendo referencia al tratado *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho Civil Español*), puso especial énfasis en destacar lo siguiente:

«En una obra de estas condiciones, en la cual es de notar que dos de sus volúmenes, el tercero y el cuarto, están dedicados a estudiar esta materia que nosotros vamos a despachar breve y sumariamente en un par de sesiones, en esta, y formando la sección tercera el tratado de las obligaciones y contratos, el Sr. Gutiérrez expone las doctrinas relativas a la donación»³¹⁸.

A la vista los problemas que se habían planteado en la sesión del día anterior sobre las donaciones *mortis causa*, Fabié Escudero propuso la división de las donaciones en el Código «tratando de unas cuando se hable de las obligaciones, y ocupándose de las obligaciones *mortis causa* cuando se llegue a la materia de las sucesiones»³¹⁹.

En la réplica, Gutiérrez Fernández dijo:

«La verdad es que en la obra a que S. S. se ha referido, y que no debo citar, hablaba yo de la donación entre los contratos, y que con

³¹⁷ *Diario de las Sesiones de Cortes. Senado*. Sesión del martes 28 de abril de 1885, p. 2298.

³¹⁸ *Diario de las Sesiones de Cortes. Senado*. Sesión del martes 28 de abril de 1885, p. 2299.

³¹⁹ *Diario de las Sesiones de Cortes. Senado*. Sesión del martes 28 de abril de 1885, p. 2299.

ese motivo ha podido y debido S. S. señalar esta contradicción respecto a lo que dije en la sesión de ayer y lo que había sostenido, debe creerse que de una manera más fría y pensada, cuando escribí la obra.

Pero a esa reflexión del Sr. Fabié voy a contestar con otra sencillísima, y es la siguiente: ¿es o no verdad que la donación es o puede ser un modo de adquirir? ¿Es cierto que así se ha considerado, que se puede muy bien decir que tal es su verdadero carácter, y tal el aspecto que predomina en esa liberalidad llamada donación? Pues si esto es cierto, resultará una de dos consecuencias: o que yo me equivoqué entonces, o que he variado de opinión, cediendo a la de otros jurisconsultos bastante más autorizados. Podrán ser las dos cosas; no me atrevo a insistir, ni a hacerme a mí mismo la ofensa de creer que fuese la primera, es decir, que yo estuviese equivocado sobre el carácter de la donación; no, es que conociendo ese carácter, conociendo que puede ser la donación modo de adquirir, era también título, y de esas dos aserciones, de esas dos opiniones, por lo visto, en aquel momento al menos, tomé la peor, la de examinar como contrato lo que en rigor debí haber examinado como donación. También ha podido ser otra cosa, y es, que aun cuando yo haya manifestado particularmente esa opinión, y aunque haya dicho y sostenido donde tenía necesidad y el deber de hacerlo, siguiendo las huellas de algunos otros Códigos, valía más que examináramos o colocáramos a la donación entre los demás contratos, algunos señores de la Comisión no se conformaron conmigo, fueron de dictamen opuesto al mío, y yo que no pretendo tener razón contra todos, y me hallo dispuesto, sin renunciar a mis convicciones, a admitir en lo que me parezcan razonables y justas las de los demás, cedí en este caso a lo que fue o pareció ser una convicción de la Comisión, de que yo tenía el inmerecido honor de formar parte»³²⁰.

Cuando tres años después se reanudó el debate de la ley de bases en el Congreso de los Diputados, la donación no fue cuestionada³²¹.

b) Debates sobre el CC tras su publicación.

Una vez el Gobierno aprobó el CC redactado por la Comisión constituida al efecto en la Comisión General de Codificación, las Cortes debatieron acerca de su ajuste a la Ley de bases de 1888. En

³²⁰ *Diario de las Sesiones de Córtes. Senado*. Sesión del martes 28 de abril de 1885, p. 2304.

³²¹ La base relativa a los contratos como fuentes de las obligaciones (base 19.ª del dictamen del Congreso de los Diputados) fue aprobada sin debate (LASSO GAITE, 1978, p. 537; *Diario de sesiones de Córtes. Congreso de los Diputados*. Sesión del 9 de abril de 1888, p. 2339). La base que incluía a las formas, requisitos y condiciones de cada contrato en particular, a la donación y a los foros, subforos, derechos de superficie, fue debatida únicamente en lo relativo a su última parte, sin cuestionamiento alguno acerca de la donación (LASSO GAITE, 1978, p. 538; *Diario de sesiones de Córtes. Congreso de los Diputados*. Sesión del 9 de abril de 1888, pp. 2340-2341).

este trámite parlamentario, la naturaleza de la donación y su ubicación sistemática en el CC volvió a ser abordada, tanto en el Senado como en el Congreso de los Diputados.

Por lo que se refiere al debate en la cámara alta, Duran i Bas³²² criticó la estructura del CC, y se refirió a la ubicación sistemática de la donación con gran acritud:

«No teniendo el Código francés y el proyecto de 1851 más que tres libros, y estando el tercero dedicado al modo de adquirir la propiedad, se ha dividido en dos, pero al dividirle, se ha hecho como si se cortara algo con tijera, porque cuando los dos formaban un solo libro, y todo se encontraba dentro del mismo epígrafe, cabía bien que en ese libro se hablase de la propiedad, de los derechos reales y del modo de adquirirlos, y no había inconveniente en que en la sección de la propiedad se hablase de los contratos de compra-venta, porque al fin y al cabo la compra-venta es uno de los modos de adquirir la propiedad; mas hoy nos encontramos con que si bien hay un título sobre los modos de adquirir la propiedad, hay otro relativo a las obligaciones y contratos, y en el primero, sin embargo, se habla de las donaciones. Pues bien; todo hombre que conozca, siquiera rudimentariamente, el derecho, sabe que la donación es un contrato, título indudable de adquirir la propiedad; pero en cambio también lo es la compra-venta, y no obstante se le incluye en el libro que trata de las obligaciones y de los contratos. Por ese estilo podría citaros muchos casos; mas me basta referirme a las prescripciones adquisitiva y [extintiva]³²³ que se ponen entre las obligaciones y contratos, o sea, como parte del libro 4.º

Tal es la estructura que se ha dado al Código actual, y como se ha deferido a las indicaciones del señor Comas, cortando, según he dicho, como con una tijera lo que antes formaba parte del libro 3.º»³²⁴.

En una réplica no menos contundente, Romero Girón, interviniendo en defensa del dictamen de la Comisión constituida en el Senado que se había pronunciado a favor del ajuste del CC a la Ley de bases de 1888, dijo:

«Con permiso de S. S., que ha seguido con más asiduidad que yo estos trabajos, y que ha podido informarse del curso que llevaba la formación del Código civil en el seno de la Sección de lo civil de la Comisión de Códigos, debo hacerle observar que sin duda alguna S. S. habrá podido notar en las actas de sus sesiones, que un ilustre profesor suyo, y llorado maestro mío, D. Benito Gutiérrez

³²² MANUEL DURAN I BAS fue uno de los juristas catalanes más influyentes del siglo XIX, máximo exponente de la escuela histórica. Fue Catedrático y Ministro de Gracia y Justicia. Puede consultarse su bibliografía en la página web de la Real Academia de la Historia: <https://dbe.rah.es/biografias/6278/manuel-duran-i-bas>.

³²³ Sin duda debido a un error tipográfico, el *Diario de Sesiones* alude a «prescripciones adquisitiva y extensiva».

³²⁴ *Diario de las Sesiones de Córtes. Senado*. Sesión del viernes 22 de febrero de 1889, pp. 863-864.

rez, sostuvo la opinión diametralmente opuesta a la de S. S., e hizo que triunfara su propio parecer por una consideración: porque por más que se quiera, las donaciones *mortis causa* nunca tendrán el contenido de un verdadero contrato. Por esta y otras razones, el Sr. D. Benito Gutiérrez entendió e hizo predominar su opinión de que el título de las donaciones en general debía incluirse entre los modos de adquirir la propiedad»³²⁵.

En su turno para la rectificación, Duran i Bas volvió a referirse a las donaciones:

«Yo respeto mucho la memoria de aquel distinguido compañero mío en el profesorado, y amigo mío particular, porque con él me unían no solo estrechos vínculos de amistad, sino mucha identidad de opiniones en los diversos órdenes intelectuales; pero aun así, no puedo someterme a ella.

El Sr. Romero Girón sabe mejor que yo, por qué motivo las donaciones se incluyeron en el título en que figuran en el Código francés. «De las donaciones y testamentos» es el epígrafe del título de dicho Código. Porque en la época en que el Código francés se hizo, hubo grande empeño en establecer y realizar todo lo que podía afectar a la distribución de los bienes, sobre todo de los padres a favor de sus hijos, con un criterio, no de libertad, sino de igualdad, y se cercenaba, pero limitándola de extraordinaria manera, la libre facultad que el padre tiene de disponer de los bienes en favor de propios o extraños. Se quería la igualdad, y como se señalaba allí lo que pudiéramos llamar la reserva hereditaria, y las donaciones no podían exceder, como no podía exceder la institución hereditaria, del límite fijado para esa reserva, claro está que era necesario incluir el título de las donaciones en el de los testamentos y ponerlo en el lugar en que se encuentra en el Código francés.

Esta es la única razón. Tal vez no la vieron alguno de los Códigos americanos que imitaron el ejemplo del Código francés; pero otros, y sobre todo el del Uruguay, que es el más perfecto tal vez, se han apartado de ese sistema, y muchos se apartan de él, como sucede en el Código de la moderna Alemania, porque en ese Código sabéis que las donaciones están tratadas en dos partes: como contratos, en el título de las obligaciones, refiriéndose a las donaciones *inter vivos*; y en el referente a las donaciones *mortis causa*, por el carácter de semejanza con los legados, y por eso está incluido en el título de las sucesiones. Véase, por consiguiente, cómo estas observaciones mías sobre el Código civil no estaban fuera de lugar, como decía el Sr. Romero Girón»³²⁶.

También en el Congreso de los Diputados se cuestionó la regulación de la donación en el CC. Durante su intervención en contra,

³²⁵ *Diario de las Sesiones de Cortes. Senado*. Sesión del martes 26 de febrero de 1889, p. 924.

³²⁶ *Diario de las Sesiones de Cortes. Senado*. Sesión del miércoles 27 de febrero de 1889, p. 956.

De Azcárate Menéndez³²⁷ dijo: «prescindo de los modos de adquirir, aunque no sé por qué no figura en ellos la accesión, ni por qué la donación se la separa de los contratos»³²⁸.

Por su parte, Rodríguez de San Pedro³²⁹ alertó de las consecuencias de conceptualizar a la donación como modo de adquirir:

«En las donaciones se observa que se colocan aparte del libro 4.º, que trata de las obligaciones y contratos [...] convirtiéndose por tanto en un contrato verdadero, no sé por qué, porque, aunque tenga todas las condiciones de tal, se coloca en un sitio a las donaciones, que por la razón misma del método no debe estar sujeta a los efectos generales de los contratos»³³⁰.

La réplica, a cargo de Gamazo Calvo³³¹, fue extraordinariamente parca: «las donaciones [...] en algo difieren de los contratos»³³². En este punto, el debate en la cámara baja tuvo bastante menos nivel y contenido que el del Senado.

c) Cuestiones que destacar sobre los debates parlamentarios.

A la vista de los debates que se celebraron en el Senado y en el Congreso de los Diputados en los que se aludió a la donación, diversas cuestiones merecen ser destacadas.

– Los críticos del proyecto de Ley de bases y del CC partieron de la premisa de que hasta entonces la donación siempre había sido considerada como un contrato productor de obligaciones para el donante, un simple título de adquisición, y que la sistemática adoptada por las bases del CC comportaba un cambio radical.

– Llama la atención que los senadores críticos con la novedosa caracterización y ubicación sistemática de la donación se limitasen a mencionar el Derecho Romano, especialmente la *Instituta*.

³²⁷ GUMERSINDO DE AZCÁRATE MENÉNDEZ fue un destacado Catedrático de Derecho y político. Puede consultarse su biografía, disponible en la página web de la Real Academia de la Historia, en: <https://dbe.rah.es/biografias/7278/gumersindo-jose-de-azcarate-menendez>.

³²⁸ *Diario de sesiones de Cortes. Congreso de los Diputados*. Sesión del 8 de abril de 1889, p. 2392.

³²⁹ FAUSTINO RODRÍGUEZ SAN PEDRO Y DÍAZ-ARGÜELLES fue abogado y varias veces Ministro. Puede consultarse su biografía, disponible en la página web de la Real Academia de la Historia, en: <https://dbe.rah.es/biografias/5957/faustino-rodriguez-san-pedro-y-diaz-arguelles>.

³³⁰ *Diario de sesiones de Cortes. Congreso de los Diputados*. Sesión del 15 de abril de 1889, p. 2551.

³³¹ GERMÁN GAMAZO CALVO fue Doctor en Derecho, eminente abogado, y ocupó en varias ocasiones el puesto de Ministro. Puede consultarse su biografía, disponible en la página web de la Real Academia de la Historia, en: <https://dbe.rah.es/biografias/10144/german-gamazo-calvo>.

³³² *Diario de sesiones de Cortes. Congreso de los Diputados*. Sesión del 10 de abril de 1889, p. 2440.

Hubiese resultado de interés que hubiesen aludido a la normativa castellana (singularmente, Fuero Real y Partidas). No obstante, seguramente esta actitud obedecía a que daban por sabido que la regulación castellana de la donación era coherente con la regulación justiniana de la institución.

– Los críticos sostuvieron que todas las novedades relativas a la donación tenían su origen en una mera copia del Código Civil francés.

– Los críticos también argumentaron que eran perfectamente distinguibles las donaciones *inter vivos* y *mortis causa*, ya que las primeras tenían carácter contractual y las segundas no, y que ello no justificaba que fuesen reguladas en el mismo Libro del CC.

– Gutiérrez Fernández, que había formado parte de la Comisión redactora del anteproyecto de CC, reconoció sin ambages que la Ley de bases había asumido en un todo la naturaleza y la ubicación sistemática de la donación tal y como estaba regulada en el *Code* francés.

– Según manifestaron Gutiérrez Fernández y Romero Girón, las donaciones *mortis causa* impedían caracterizar a las donaciones *inter vivos* como contratos, e imponían su calificación como modo de adquirir, porque ambas clases de donaciones debían ser reguladas de manera coherente. Como es obvio, este planteamiento presuponía la pervivencia de la donación *mortis causa* en el CC. Sin embargo, es de sobra conocido que la práctica totalidad de la doctrina, así como la jurisprudencia, entienden que el artículo 620 CC certificó la erradicación de las donaciones *mortis causa*³³³, al haber quedado asimiladas a los legados³³⁴. A mayor abundamiento, el CC de 1889 no respetaría ese pretendido rigor sistemático, habida cuenta de que las donaciones entre vivos fueron incluidas en el Libro III, mientras que las donaciones por causa de matrimonio acabaron reguladas en el Libro IV³³⁵.

– Gutiérrez Fernández admitió que efectivamente existía una flagrante contradicción entre su obra (en la que la donación se calificaba como un contrato, título de adquisición) y la postura de la Comisión de Códigos, reflejada en las bases del CC (donde la donación fue caracterizada como un modo de adquirir).

– Gutiérrez Fernández expuso las posibles razones de tal contradicción. Planteó dos opciones: o que él mismo se había equivocado en el pasado, o que había desechado su punto de vista aco-

³³³ En famosa expresión, el artículo 620 CC constituiría «una cita postrera, una esquela mortuoria» (DE FUENMAYOR CHAMPÍN, ADC, 1951, p. 1095).

³³⁴ En relación con la posición doctrinal y jurisprudencial sobre la donación *mortis causa*, Vid. LUQUIN BERGARECHE, 2017, pp. 1305-1318.

³³⁵ LASSO GAITE, 1978, p. 552; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 2006, p. 8.

giendo la opinión mayoritaria divergente de la Comisión de Códigos, que no podía tildarse de irrazonable. Aunque sus palabras discurrieron con calculada ambigüedad, acabó admitiendo que había asumido la posición mayoritaria de la Comisión (donación como modo de adquirir), que no coincidía con su visión particular de la donación (contrato y título de adquisición)³³⁶.

– Sin embargo, de manera totalmente contradictoria, Romero Girón aseveró que fue Gutiérrez Fernández quien impuso la inclusión las donaciones en el Libro III, tras convencer a la Comisión de Códigos de que las donaciones debían ser reguladas como un modo de adquirir, y no como un contrato.

– Ante estas dos versiones incompatibles³³⁷, resultaría de sumo interés poder analizar las actas de la Comisión de Códigos que dieron cuenta de los debates mantenidos por sus miembros sobre la regulación y ubicación sistemática de la donación. Sin embargo, ello no es posible, dado que las actas de la Comisión posteriores a octubre de 1882 se encuentran extraviadas, sin que se hayan podido encontrar, a pesar de los múltiples intentos realizados hasta la fecha³³⁸.

– En todo caso, más allá del indudable interés en determinar quién fue la concreta persona que impulsó o convenció a los demás individuos de la Comisión de Códigos para regular la donación como modo de adquirir, separada de las obligaciones y los contratos, lo relevante es que esa fue la decisión colegiada que adoptó la Comisión redactora; que esa decisión quedó reflejada en el proyecto de la ley de bases de 1885; que esa decisión fue aceptada por las Cortes con la aprobación de la Ley de bases de 1888; y que, a la postre, esa decisión acabó convirtiéndose en ley con la definitiva aprobación del CC en 1889.

Se ha señalado (con acertadas matizaciones) que los debates parlamentarios pueden no resultar de demasiada utilidad para la interpretación histórica de una norma, ya que en muchas ocasiones las manifestaciones vertidas en las cámaras legislativas poseen un carácter más político que técnico. Con base en este planteamiento,

³³⁶ DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, 2000, p. 45; DOMÍNGUEZ NAFRÍA, 1997, p. 160 («según se desprende de su respuesta, estaba defendiendo el criterio de la Comisión de Códigos y no exactamente el suyo propio»).

³³⁷ Así las cosas, resulta inexacto atribuir a GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ la ‘paternidad’ de la regulación de la donación como modo de adquirir la propiedad en el Libro III del CC, tal y como se ha escrito en varias ocasiones (LASSO GAITE, 1978, p. 552; GIBERT Y SÁNCHEZ DE LA VEGA, 1993, pp. 177-180; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 2006, p. 13), sin percatarse de que fue el propio GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ quien manifestó en el Senado haber asumido el criterio mayoritario de los demás miembros de la Comisión, en contra de su particular criterio al respecto.

³³⁸ LASSO GAITE, 1978, pp. 543-544; BARÓ PAZOS, 1993, p. 259.

las intervenciones de los miembros de los órganos legislativos tendrían gran utilidad para poner de relieve la *ocassio legis*, pero no tanto para determinar la *ratio legis*³³⁹.

Descendiendo al caso concreto del CC de 1889, se ha valorado que la discusión parlamentaria «devino incluso en su mayor parte como un debate más político y generalista que técnico y detallado, y dirigido a cuestionar la idoneidad o necesidad misma del Código y la propia actuación de la Comisión, tanto en su modo de proceder (desde una pretendida Ley de Bases) como en la propia redacción y contenido del CC propuesto»³⁴⁰. Y que, pese a que se realizaron algunas referencias más detenidas y particulares sobre determinadas materias o instituciones, «en la mayoría de las ocasiones con el fin, más político que técnico, de ridiculizar o desprestigiar burlescamente aquella propuesta de CC, y solo algunas veces para cuestionar su adecuación a la Ley de Bases de 1888, o bien como objeción a su propia redacción, o, la menor de las veces, a su propio contenido»³⁴¹. Por ello, la relevancia en clave de interpretación histórica de los debates parlamentarios relativos al CC de 1889 tendría un valor muy secundario, frente al mayor protagonismo de otros precedentes, como el proyecto de 1851, la Ley de bases de 1888 o la Exposición de Motivos que acompañó a la segunda edición del CC³⁴².

Ciertamente, una valoración genérica de los debates parlamentarios que se celebraron en las Cortes con motivo de la tramitación de la Ley de bases de 1888 y del ajuste del CC a la referida Ley de bases puede ser compatible con aquella valoración. Sin embargo, la trascendencia de los debates parlamentarios que se plantearon en relación con la ubicación sistemática y la eficacia traslativa de la donación en el CC no puede ni debe ser minusvalorada.

Los senadores y diputados que cuestionaron la ubicación sistemática de la donación, y su virtualidad transmisiva, fueron eminentes y reputados juristas, cuyos cuestionamientos obedecieron a cuestiones estrictamente sistemáticas y dogmáticas, o en tono crítico ante lo que valoraron como injustificada importación de legislación extranjera. Es cierto que Duran i Bas, máximo exponente de la escuela histórica del Derecho, atacó en sus intervenciones la conveniencia de la codificación y el método seguido en la confección del CC; pero en lo que respecta a la donación, sus críticas fueron jurídicas, y no políticas.

³³⁹ CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, *ADC*, 2019, p. 768.

³⁴⁰ CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, 2019, p. 280.

³⁴¹ CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, 2019, p. 280.

³⁴² CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, 2019, pp. 324-325.

Por otro lado, los senadores que intervinieron en el debate en defensa de los dictámenes favorables al proyecto de la Ley de bases y al ajuste del CC respecto de la propia Ley de bases, obviamente defendieron la necesidad de la codificación civil y el método de trabajo seguido; pero cuando se pronunciaron sobre la donación, justificaron sus palabras con argumentos históricos y jurídicos.

En este orden de cosas, la intervención de Gutiérrez Fernández fue extraordinariamente relevante, pues a su condición de senador se unía su sólida formación jurídica como Catedrático universitario especialista en Derecho civil, reputado tratadista de la disciplina, miembro de la Comisión redactora del CC, autor material de la redacción los artículos del anteproyecto de CC relativos a la donación, y miembro de la Comisión constituida en el Senado para dictaminar el proyecto de ley de bases de 1885³⁴³. En consecuencia, por mucho que sus palabras se pronunciasen en un foro parlamentario, poseen un extraordinario valor, en tanto que dieron cuenta de primera mano sobre el planteamiento que se adoptó en relación con la donación en la Ley de bases de 1888 y en el anteproyecto de CC de 1882-1889.

A pesar de la contradicción existente entre Gutiérrez Fernández y Romero Girón acerca de quién fue el autor intelectual de la caracterización de la donación como modo de adquirir, situándola al margen de la aplicación de la teoría del título y el modo, su naturaleza y ubicación sistemática, expresamente reconocida en diversos debates del Senado, debe ser valorada como auténtica expresión de la *mens legis*. Al respecto, no debe olvidarse que el CC fue aprobado mediante una delegación legislativa a favor de la Comisión creada al efecto en la Comisión General de Codificación.

Por las razones expuestas, los debates que tuvieron lugar en el Senado en los que se discutió sobre la naturaleza y la mecánica traslativa de la donación son claves para la recta interpretación en clave histórica de la regulación de la donación en el CC.

IV. CONCLUSIONES

Los antecedentes históricos de la donación demuestran que las Partidas asumieron el modelo justiniano de la institución. Por tanto, la donación se situaba dentro del ámbito de aplicación de la

³⁴³ LASSO GAITE, 1978, p. 374, 381, 432, 440-441, 551; GIBERT Y SÁNCHEZ DE LA VEGA, 1993, pp. 142, 165, 176-181; DOMÍNGUEZ NAFRÍA, 1997, pp. 46-47, 55, 106-107, 109, 124-126, 139.

teoría del título y el modo, y precisaba la entrega de las cosas donadas para operar la transmisión del dominio. Este planteamiento es palpable en la práctica totalidad de la doctrina y en la jurisprudencia del siglo XIX anterior a la aprobación del CC.

Los antecedentes legislativos de la donación demuestran que la Ley de bases de 1888 y la Comisión redactora del anteproyecto de CC de 1882-1889 calificaron deliberadamente a la donación como modo de adquirir, al margen de las obligaciones y los contratos, y, por tanto, fuera del ámbito de aplicación de la teoría del título y el modo. El CC abandonó la tradicional regulación de la donación en el Derecho castellano, asumiendo el modelo de donación del *Code* francés de 1804, que regulaba a la donación como un negocio consensual, que transmitía la propiedad sin necesidad de entrega o tradición. La Comisión redactora fue plenamente consciente de las consecuencias de la nueva regulación³⁴⁴, que provocó perplejidad y oposición por parte de reputados juristas durante los debates parla-

³⁴⁴ Cuestión distinta es si la codificación de la donación obligaba a asumir la regulación del Código Civil francés, abandonando la tradicional regulación castellana de la institución. Todo hace pensar que la Comisión redactora del CC prefirió imitar la regulación francesa, debido a su relativa modernidad y reconocido prestigio, aunque la justificación que se esgrimió para dar cobertura a tal decisión (la necesaria regulación unitaria de la donación y el carácter extracontractual de la donación *mortis causa*) no resulta convincente: buena prueba de ello es que las donaciones matrimoniales terminaron reguladas en el Libro IV del CC, y que la redacción definitiva del artículo 620 CC ha sido interpretado en clave de derogación de las donaciones por causa de muerte.

Ciertamente, la regulación de la donación al tiempo de la aprobación del CC era antediluviana, y existían lagunas legales sobre algunas cuestiones que había tenido que resolver la jurisprudencia. Por ejemplo, ante la falta de regulación expresa, el Tribunal Supremo se vio obligado a recalcar que la naturaleza bilateral de la donación y el espíritu de las leyes de Partidas exigían la aceptación del donatario para que la donación fuese válida: SSTS de 9 de diciembre de 1864 (ECLI: ES: TS:1864:145, JC, t. 10, 369; ponente Eduardo Elfo y Jiménez Navarro) y 5 de marzo de 1870 (ECLI: ES: TS:1870:637, JC, t. 21, 84; ponente Laureano de Arrieta Barcina). La aceptación no tenía por qué ser expresa, bastando la aceptación tácita o implícita, a partir de hechos concluyentes: STS de 1 de octubre de 1888 (ECLI: ES: TS:1888:1155, JC, t. 64, 85; ponente Francisco Soler). También es cierto que parte de la doctrina había criticado algunas de las normas vigentes. Significativamente, la insinuación de las donaciones y su aprobación por parte de la autoridad judicial fue blanco fácil para la crítica en un ambiente de fuerte penetración del individualismo característico de la doctrina liberal imperante en el siglo XIX (*vid.* DE CÁRDENAS ESPEJO, 1852, p. 108: «no es menester para eso que intervengan los tribunales en aprobar todas las donaciones que excedan de cierta medida inflexible, excudriñando la fortuna de cada individuo, y sacando a plaza sus secretos: que semejantes investigaciones son siempre gravosas y repugnantes sin ser un medio seguro de llegar al descubrimiento de la verdad, que se busca cuando las partes interesadas procuran ocultarla»). Sin duda, el CC vino a corregir las lagunas y defectos denunciados; pero para ello no era necesario incluir a la donación entre los modos de adquirir, ni tampoco sacar a la donación de la órbita de la teoría del título y el modo. No en vano, un repaso somero a la doctrina decimonónica evidencia que el mantenimiento del régimen jurídico tradicional de la donación, como contrato (título) que unido a la entrega (modo) transmitía la propiedad, no había sido cuestionado, ni se había abogado por su modificación (cfr. *supra*, II.5.7.2). Puede que la indisimulada admiración que el Código napoleónico despertó a la Comisión de Códigos (o incluso, la comodidad de tomar como referencia el *Code* a la hora de redactar el CC español) primase sobre la conveniencia o necesidad valorada en términos estrictamente jurídicos.

mentarios que se celebraron con motivo de la Ley de bases de 1888 y la aprobación del CC de 1889. La sustracción de la donación de la teoría del título y el modo, y la implantación en el CC de una donación dispositiva, que transmite el dominio con la perfección del negocio, sin necesidad de entrega, no fue algo accidental, sino la consecuencia derivada de una decisión conscientemente adoptada por la Comisión redactora del anteproyecto, que fue refrendada por las Cortes al aprobar la Ley de bases de 1888.

La interpretación histórica de la normativa reguladora de la donación en el CC confirma la corrección de la postura doctrinal y jurisprudencial hoy prácticamente unánime, que sostiene que la donación es un negocio dispositivo que transmite el dominio de las cosas donadas sin necesidad de entrega o tradición.

Este estudio demuestra que el canon histórico resulta de utilidad para la correcta interpretación las normas jurídicas e instituciones reguladas en el CC de 1889.

V. FUENTES LEGALES

A) Derecho Romano

Cuerpo del Derecho civil romano á doble texto, traducido al castellano del latino publicado por los hermanos Kriegel, Hermann y Osenbrüggen con las variantes de las principales ediciones antiguas y modernas y con notas de referencias por Ildefonso L. García del Corral, Barcelona-València, 1889-1898.

B) Aragón

Observancias del Reino de Aragon. Vertidas del latín al castellano por los autores del Derecho y jurisprudencia de Aragon en sus relaciones con la legislacion de Castilla, Zaragoza, 1865.

C) Castilla

Recopilacion de las leyes destos reynos hecha por mandado dela magestad catholica del Rey don Philippe Segundo nuestro Señor, Alcalá de Henares, 1569.

Novisima Recopilacion de las leyes de España. Tomo V. Libros X, XI y XII, Madrid, 1805.

Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso el Sabio, cotejadas con varios códices antiguos por la Real Academia de la Historia. Tomo II. Partida Segunda y Tercera, Madrid, 1807.

Fuero Juzgo. Edición de la Real Academia Española de 1815, edición anastática, Madrid, 2015.

Fuero Real de Alfonso X El Sabio. Edición de la Real Academia de la Historia de 1836, edición anastática, Madrid, 2015.

Opúsculos del Rey Sabio: el Espéculo. Edición de la Real Academia de la Historia (1836), edición anastática, Madrid, 2018.

D) España.

Ley Hipotecaria, Reglamento general para su ejecución é Instrucción sobre la manera de redactar los instrumentos públicos sujetos a registro, Madrid, 1861.

Código Civil. Edición oficial reformada, Madrid, 1889.

E) Francia.

Code Civile des Français, París, 1804.

F) Italia.

Codice Civile del Regno d'Italia, Turín, 1865.

G) Portugal.

Código Civil português aprovado por Carta de Lei de 1 de julho de 1867, Lisboa, 1868.

H) València

Fori Regni Valentiae, València, 1547.

BIBLIOGRAFÍA

ABELENDA, Virginia: *Beneficio de competencia: fuentes romanas, derecho intermedio y latinoamericano*, Buenos Aires, 2010.

AGUIRRE DE LA PEÑA, Joaquín y GARCÍA GOYENA, Florencio: *Febrero, o librería de jueces, abogados y escribanos, comprensiva de los códigos civil, criminal y administrativo. Tomo III*, Madrid, 1841.

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel y DÍAZ ALABART, Silvia: *La donación*, Madrid, 2006.

ÁLVAREZ CORA, Enrique: «Aproximación al derecho contractual visigodo», *Anuario de Historia del Derecho Español*, 2004, pp. 543-582.

— *La teoría de los contratos en Castilla (siglos XIII-XVIII)*, Madrid, 2005.

ÁLVAREZ Y ESTRADA, José María: *Instituciones de Derecho Real de España. Tomo I*, Madrid, 1829.

ÁLVAREZ MARTÍNEZ, Cirilo: *Instituciones de Derecho civil*, Valladolid, 1840.

ANTEQUERA BOBADILLA, José María: *La codificación moderna en España*, Madrid, 1886.

- APALATEGUI OCEJO, Pedro y OYUELOS PÉREZ, Ricardo: *Código Civil comentado y concordado extensamente con arreglo á la nueva edición oficial. Tomo XI. Diferentes modos de adquirir la propiedad. Ocupación. Donación*, Madrid, 1896.
- ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, José Luis: *Promesas unilaterales y donaciones. La promesa unilateral y su aplicación a las atribuciones gratuitas en el Derecho Español*, Madrid-Barcelona, 1998.
- «¿Traslativa u obligacional? El problema de la operatividad del negocio de donación en el Código civil español», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2019, pp. 569-625.
- ARCHI, Gian Gualberto: «L'evoluzione della donazione nell'epoca postclassica», *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, 1958, pp. 391-426.
- ATAZ LÓPEZ, Joaquín: «Sobre la obligatoriedad de las promesas gratuitas aceptadas. Estado actual de la cuestión y previsiones de las propuestas de modernización», en *Estudios sobre la modernización del derecho de obligaciones y contratos*, Cizur Menor, 2019, pp. 57-118.
- BARÓ PAZOS, Juan: *La codificación del Derecho Civil en España (1808-1889)*, Santander, 1993.
- «La influencia del Código Civil francés (1804) en el Código Civil español (1889)», en *La codificación española. Una aproximación doctrinal e historiográfica a sus influencias extranjeras, y a la francesa en particular*, Cizur Menor, 2014, pp. 53-128.
- BATLLE VÁZQUEZ, Manuel: «Artículo 3», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Tomo I. Artículos 1 a 41 del Código Civil*, Madrid, 1978, pp. 77-87.
- BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, Pablo: «La tradición como modo de adquirir la propiedad», *Revista de Derecho Privado*, 1967, pp. 103-116.
- BERNAD SEGARRA, Lucía: «Sobre la publicidad en Derecho Romano postclásico: el supuesto de la insinuatio donationis», *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2012, pp. 661-682.
- BIONDI, Biondo: *Sucesión testamentaria y donación*, Barcelona, 1960.
- BONEL Y SÁNCHEZ, León: *Código Civil español. Comentado y concordado con el derecho foral vigente en Cataluña, Aragón, Navarra y demás territorios aforados con la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia y con los Códigos Civiles de la mayor parte de los países de Europa y América. Tomo III. Libro III*, Barcelona, 1890.
- BONET RAMÓN, Francisco: «La ley de bases del Código Civil», *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, 1988, pp. 321-346.
- BORSARI, Luigi: *Commentario del Codice Civile italiano. Volume terzo. Parte seconda*, Turín, 1877.
- BUCHHALTER MONTERO, Brian: «Notas sobre nomofilaxis a la luz de la casación civil histórica: de la constitución de Cádiz a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855», *Justicia: Revista de Derecho procesal*, 2022, pp. 243-306.
- CALVO SORIANO, Álvaro: «Tradición y donación», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 1946, pp. 399-472.
- CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho Civil Español, común y foral. Tomo Tercero. Derecho de obligaciones (Doctrina especial de contratos. Derecho de familia)*, Madrid, 1944.
- CERDÁ RUIZ-FUNES, Joaquín: «Las glosas de Arias de Balboa al Fuero Real de Castilla», *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1952, pp. 731-1141.

- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo: «El (relativo) valor interpretativo de los materiales prelegislativos», *Anuario de Derecho Civil*, 2019, pp. 756-757.
- «El (relativo) valor interpretativo de los debates parlamentarios sobre el Código Civil español de 1889», en *Homenaje a José María Castán Vázquez. Liber amicorum*, València, 2019, pp. 269-328.
- CLEMENTE DE DIEGO Y GUTIÉRREZ, Felipe: *Instituciones de Derecho Civil Español. Tomo II*, Madrid, 1930.
- DE ASSO Y DEL RÍO, Ignacio y DE MANUEL Y RODRÍGUEZ, Miguel: *Instituciones del Derecho Civil de Castilla*, Madrid, 1775.
- DE BUEN LOZANO, Demófilo: *Curso elemental de Derecho Civil por Ambrosio Colín y H. Capitant. Con notas sobre el Derecho Civil español. Tomo Octavo y último. Derecho Sucesorio. Donaciones. Ausencia*, Madrid, 1928.
- *Derecho Civil Español Común. Volumen I*, Madrid, 1931.
- DE CÁRDENAS ESPEJO, Francisco: *De los vicios y defectos más notables de la legislación civil de España y de las reformas que para subsanarlas se proponen en el proyecto de Código Civil*, Madrid 1852.
- DE FUENMAYOR CHAMPÍN, Amadeo: «Sobre una revisión de las donaciones “mortis causa” en nuestro Código Civil», *Anuario de Derecho Civil*, 1951, pp. 1082-1095.
- DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, José Luis: «La donación en el Código Civil y el problema de su naturaleza jurídica», *Revista de Derecho Privado*, 1971, pp. 803-821.
- *La donación en el Código Civil y a través de la jurisprudencia*, Madrid, 2000.
- DE MOLINA, Luis: *De Iustitia, Tomus Primus. Complectens Tractatum Primum, et ex Secundo Disputationes 251 usque*, Cuenca, 1593.
- *Los seis libros de la justicia y el derecho*, Madrid, 1943.
- DEL VISO Y AÑÓ, Salvador: *Lecciones elementales de Historia, y de Derecho Civil, Mercantil y Penal de España. Parte Segunda del Derecho Civil. Tratado Tercero. Del derecho de las personas para exigir de otro lo que debe, ó sea: de las obligaciones*, València, 1857.
- DIAS FERREIRA, José: *Código Civil portuguez anotado. Volume II*, Lisboa, 1871.
- *Código Civil portuguez anotado. Volume III*, Lisboa, 1872.
- DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, María Dolores: «La promesa de donación en el Código Civil y la jurisprudencia», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1985, pp. 703-755.
- DÍAZ DE MONTALVO, Alonso: *El Fuero Real de Espala diligentemente hecho por el noble Rey Don Alonso noveno*, Salamanca, 1569.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: «La tradición y los acuerdos traslativos en el Derecho español», *ADC*, 1966, pp. 555-573.
- DOMINGO DE MORATÓ, Domingo Ramón: *Estudios de ampliación de la historia de los códigos españoles, de sus instituciones sociales, civiles y políticas*, Valladolid, 1856.
- *El Derecho Civil Español con las correspondencias del Romano, tomadas de los Codigos de Justiniano y de las doctrinas de sus intérpretes, en especial de las Instituciones y del Digesto romano hispano de D. Juan Sala. Tomo Segundo*, Valladolid, 1868.
- DOMÍNGUEZ NAFRÍA, Juan Carlos: *El jurisconsulto Benito Gutiérrez, entre la historia y la razón*, Madrid, 1997.
- D'ORS PÉREZ PEIX, Álvaro: *Derecho Privado Romano*, 2004.
- *El Código de Eurico. Edición, Palingenesia, Índices*, Madrid, 2014.

- DURÁN RIVACOBA, Ramón: *Donación de inmuebles. Forma y simulación*, Pamplona, 1995.
- ESCRICHE Y MARTÍN, Joaquín: *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia. Tomo Primero*, Madrid, 1847.
- ESCUDERO LÓPEZ, José Antonio: *Curso de Historia del Derecho. Fuentes e Instituciones Político-administrativas*, Madrid, 1995.
- ESPÍN CÁNOVAS, Diego: *Manual de Derecho Civil Español. Vol. III. Obligaciones y contratos*, Madrid, 1954.
- FALCÓN Y OZCOIDI, Modesto: *Exposición doctrinal del Derecho Civil Español, común y foral, según las leyes escritas, la jurisprudencia de los Tribunales y la opinión de los escritores. Tomo II*, Salamanca, 1878.
- FEBRERO, José: *Librería de Escribanos, e instrucción jurídica teórica practica de principiantes. Primera parte dividida en tres Tomos. Tomo Primero*, Madrid, 1769.
- FERNÁNDEZ DE RETES, José: *De donationibus, academica relectio*, Salamanca, 1666.
- FERRANDIS VILELLA, José: «Donación traslativa y contrato de donación», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, 1960, pp. 329-365, 579-609.
- FRÍAS DE ALBORNOZ, Bartolomé: *Arte de los contractos*, València, 1573.
- GARCÍA, Francisco: *Parte Segunda del Tratado utilísimo y muy general de todos los contractos quantos en los negocios humanos se suelen ofrecer*, València, 1583.
- GARCÍA-GALLO DE DIEGO, Alfonso: «Las fuentes legales vigentes a comienzos del siglo XIX», *Anales, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Especial dedicado el centenario del Código Civil español (I)*, 1988, pp. 9-34.
- GARCÍA GARRIDO, Manuel: *Derecho Privado Romano. I. Instituciones*, Madrid, 1982.
- GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español. Tomo II*, Madrid, 1852.
- *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español. Tomo III*, Madrid, 1852.
- GARCÍA SÁNCHEZ, Justo: «Consideraciones acerca de una escritura de donación», en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisoló. Volumen II*, Madrid, 1988, pp. 393-411.
- GARCÍA TROBAT, Pilar: «Libertad de cátedra y manuales en la facultad de derecho (1845-1868)», *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija. Revista de Historia de las Universidades*, 1999, pp. 37-58.
- GIBERT Y SÁNCHEZ DE LA VEGA, Rafael: «Benito Gutiérrez, redactor y orador del Código Civil», en *Centenario del Código civil. V-1*, Madrid, 1993, pp. 133-214.
- «Bicentenario de la muerte de don José Febrero. Acto de homenaje y catálogo de la exposición bibliográfica», *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1998, pp. 593-596.
- GIMÉNEZ-CANDELA, Teresa: *Derecho Privado Romano*, Barcelona, 1999.
- GÓMEZ, Antonio: *Variae resolutiones iuris civilis*, Fráncfort del Meno, 1596.
- GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro y MONTALBÁN HERNANZ, Juan Manuel: *Elementos del derecho civil y penal de España, precedidos de una reseña histórica de la legislación española. Tomo segundo*, 1872.
- GRAULLERA SANZ, Vicente: *Historia del Derecho Foral Valenciano*, València, 1994.

- GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito: *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho Civil Español. Tratado de las obligaciones. Tomo Quinto*, Madrid, 1869.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro: *Derecho Privado Romano. Tomo II*, Santiago de Chile, 2001.
- «La estructura de la donación entre vivos y su emplazamiento sistemático en la jurisprudencia medieval y moderna y en la codificación», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2004, pp. 199-267.
- HERNÁNDEZ DE LA RÚA, Vicente: *Lecciones de derecho español. Tomo Segundo*, Madrid, 1838.
- IGLESIAS SANTOS, Juan: *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*, Barcelona, 1979.
- KASER, Max: *Derecho Romano Privado*, Madrid, 1968.
- KUNKEL, Wolfgang: *Derecho Privado Romano*, Barcelona, 1937.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis: «Inscripción y tradición», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1957, pp. 1-16.
- «La donación», en *Elementos de Derecho Civil, II. Derecho de obligaciones. Volumen III. Contratos y cuasicontratos*, Barcelona, 1986.
- LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Enrique: «Los artículos 623 y 629 del Código Civil y la naturaleza de la donación», *Revista de Derecho Privado*, 1964, pp. 275-299.
- «Los modos de adquirir la propiedad y los contratos de finalidad traslativa en el Derecho español», *Revista de Derecho Privado*, 1973, pp. 383-419.
- LAMBERTINI, Renzo: «I. 2.7.2. Un problematico raccordo tra effetti della donazione e della compravendita in diritto giustiniano», *Labeo: rassegna di diritto romano*, 2003, pp. 60-75.
- LASSO GAITE, Juan Francisco: *Crónica de la codificación española. 4. Codificación civil (Génesis e historia del Código). Volumen I*, Madrid, 1978.
- *Crónica de la codificación española. 4. Codificación civil (Génesis e historia del Código). Volumen II*, Madrid, 1979.
- LETE DEL RÍO, José Manuel: *Derecho de obligaciones. Volumen III. Contratos en particular*, Madrid, 1990.
- LEVY, Ernst: *West Roman Vulgar Law*, Filadelfia, 1951.
- LÓPEZ, Gregorio: *Las Siete Partidas glosadas por el Licenciado Gregorio Lopez. Quinta Partida*, Salamanca, 1555.
- MANRESA Y NAVARRO, José María: *Comentarios al Código Civil español. Tomo V*, Madrid, 1896.
- LUQUIN BERGARECHE, Raquel: «Donación “mortis causa”», en *Tratado de las liberalidades. Homenaje al profesor Enrique Rubio Torrano*, Cizur Menor, 2017, pp. 1305-1320.
- MARLASCA MARTÍNEZ, Olga: «Los actos jurídicos documentados en los textos legales visigodos», *Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público*, 2010, pp. 79-114.
- MARTÍNEZ NEIRA, Manuel: *El estudio del derecho. Libros de texto y planes de estudio en la universidad contemporánea*, Madrid, 2001.
- MERÊA, Manuel Paulo: «A doação per cartam no Direito Romano vulgar e no Direito Visigótico», en *Estudos de Direito Visigótico*, Coimbra, 1948, pp. 63-81.
- MONTERO LEÓN, Juan: «Adquisición de inmuebles por donación», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1992, pp. 2107-2141.
- MONTES SALGUERO, Jorge: «La doctrina de la donación en Fernández de Retes», en *Historia de la literatura jurídica en la España del Antiguo Régimen. Volumen I*, Madrid, 2000, pp. 499-525.

- MORCILLO ORTIZ, Juan: *Novísima ilustración del derecho español, metodizada escrupulosamente, para la mejor comprensión de las doctrinas jurídicas y distinción de sus diversas materias, redactada bajo los principios y axiomas generales del derecho comun. Tomo II*, Madrid, 1848.
- NAVARRO AMANDI, Mario: *Código Civil de España. Compilación metódica de la doctrina contenida en nuestras leyes civiles vigentes con expresión de sus orígenes, jurisprudencia del Tribunal Supremo, concordancias con los principales Códigos de otros pueblos y comentarios. Tomo Primero*, Madrid, 1880.
- NÚÑEZ LAGOS, Rafael: «Pago de lo indebido sin error», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1946, pp. 129-157.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier: *Compendio de Derecho Civil. Tomo II. Obligaciones y contratos. Volumen 2.º*, Madrid, 2001.
- ORTIZ DE ZÚÑIGA MONTEMAYOR, Manuel: *Biblioteca de escribanos, ó Tratado general teórico-práctico para la completa instrucción de estos funcionarios. Tomo I*, Madrid, 1841.
- ORTUÑO SÁNCHEZ-PEDREÑO, José María: «Las fuentes del régimen de la donación en las Partidas», *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, Valparaíso, 23, 2001, pp. 369-390.
- OSSORIO SERRANO, Juan Miguel: «El contrato de donación», en *Curso de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones, contratos y responsabilidad por hechos ilícitos*, València, 2021, pp. 281-307.
- PACIFICI-MAZZONI, Emidio: *Istituzioni di Diritto Civile italiano. IV*, Florencia, 1872.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel: *El anteproyecto del Código Civil español (1882-1888)*, 2.ª ed., Madrid, 2006.
- PÉREZ ALGAR, Félix: *La interpretación histórica de las normas jurídicas. Análisis del artículo 3.1 del Código Civil*, Barcelona, 1995.
- PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel: *Interpretación y jurisprudencia. Estudio del artículo 3.1 del Código Civil*, Pamplona, 1994.
- PÉREZ Y LÓPEZ, Antonio Xavier: *Teatro de la Legislación Universal de España e Indias, por orden cronológico de sus Cuerpos, y Decisiones no recopiladas: y alfabético de sus Títulos y principales Materias. Tomo XI*, Madrid, 1796.
- PÉREZ MARTÍN, Antonio: «Las glosas de Arias de Balboa al Ordenamiento de Alcalá», en *Aspekte europäischer Rechtsgeschichte. Festgabe für Helmut Coing zum 70. Geburtstag, Ius Commune*, Frankfurt am Main, 1982, pp. 245-292.
- «Fuentes romanas en las Partidas», *GLOSSAE. European Journal of Legal History*, 4, 1992, pp. 215-246.
- PESET REIG, Mariano: «La enseñanza del Derecho y la Legislación sobre universidades durante el reinado de Fernando VII (1808-1833)», *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1968, pp. 229-375.
- «Universidades y enseñanza del Derecho durante las regencias de Isabel II (1833-1843)», *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1969, pp. 481-544.
- «El plan Pidal de 1845 y la enseñanza en las Facultades de Derecho», *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1970, pp. 613-652.
- *Derecho Foral Valenciano*, València, 1995.
- *Lecciones de Historia del Derecho*, València, 2000.
- PETIT, Carlos: «España y el Code Napoléon», *Anuario de Derecho Civil*, 2008, pp. 1814-1815.
- PRADO RODRÍGUEZ, Juan Carlos: «Incumplimiento de la donación promisorias y beneficium competentiae: Bases romanistas de su recepción en el Código

- civil de Bello», *GLOSSAE. European Journal of Legal History*, 2020, pp. 628-672.
- PUIG BRUTAU, José: *Fundamentos de Derecho Civil. Tomo II. Volumen II. Contratos en particular. Enriquecimiento injusto. Responsabilidad civil*, Barcelona, 1956.
- PUIG PEÑA, Federico: *Tratado de Derecho Civil Español. Tomo IV. Obligaciones y contratos. Vol. II. De los contratos en particular y demás fuentes de la obligación*, Madrid, 1946.
- RICCI, Francesco: *Corso teorico-pratico di Diritto Civile*, Turín, 1878.
- RODRÍGUEZ GIL, Magdalena: *La donación en la Alta Edad Media en los reinos de León y Castilla*, Madrid, 1981.
- RODRÍGUEZ PENELAS, Horacio: *Ética y sistemática del contrato en el Siglo de Oro. La obra de Francisco García en su contexto jurídico-moral*, Pamplona, 2007.
- RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, Miguel Ángel: «El criterio histórico en la interpretación jurídica», *Dereito: revista xurídica da Universidad de Santiago de Compostela*, 2013, pp. 599-632.
- ROMERO Y GINZO, Joaquín: *Sala Novísimo, o nueva ilustración del derecho real de España, Tomo Primero*, Madrid, 1843.
- SAHAGÚN DE MARFÁ Y DE QUINTANA, Juan: *Curso de ampliación del Derecho Civil Español*, Barcelona, 1857.
- SALA BAÑULS, Juan: *Ilustración del derecho real de España. Tomo I*, Madrid, 1820.
- SALVADOR CODERCH, Pablo: «Los materiales prelegislativos: entre el culto y la polémica», *Anuario de Derecho Civil*, 1983, pp. 1657-1684.
- SÁNCHEZ-BLANCO Y SÁNCHEZ-BLANCO, Jaime: «Sobre la naturaleza y la forma de la donación», *Información Jurídica*, 1952, pp. 795-817.
- SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe: *Estudios de Derecho Civil según los principios, los precedentes y cuerpos legales del antiguo Derecho de Castilla, las leyes civiles generales, las especialidades de las legislaciones forales, la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia y el Código Civil é historia de la legislación española. Tomo III. Derechos de obligaciones*, Madrid, 1888-1889.
- *La codificación civil en España en sus dos períodos de preparación y consumación*, Madrid, 1890.
- SANTOS BRIZ, Jaime: *Derecho Civil. Teoría y práctica. Tomo II. Derecho de cosas*, Madrid, 1973.
- SANTOS MORÓN, María José: *La forma de los contratos en el Código Civil*, Madrid, 1996.
- SERNA VALLEJO, Margarita: *La publicidad inmobiliaria en el derecho hipotecario histórico español*, Madrid, 1996.
- TOMÁS Y VALIENTE, Francisco: *Manual de Historia del Derecho Español*, Madrid, 2002.
- VALVERDE Y VALVERDE, Calixto: *Tratado de Derecho Civil Español. Tomo III. Parte especial. Derechos personales o de obligaciones*, Valladolid, 1920.
- VALIÑO DEL RÍO, Emilio: *Instituciones de Derecho Privado Romano*, València, 1991.
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan B.: «Donación, condición y conversión jurídica material», *Anuario de Derecho Civil*, 1952, pp. 1205-1328.
- VILLADIEGO BASCUÑANA Y MONTROYA, Alfonso: *Gothorum Regum Hispaniae, olim Liber Iudicum: hodie Fuero Juzgo nuncupatus*, Madrid, 1660.
- VOCI, Pasquale: «Tradizione, donazione, vendita da Costantino e Giustiniano», *Iura. Rivista Internazionale di Diritto Romano e Antico*, 1987, pp. 72-147.